

COSA JUZGADA, VINCULACION, FUERZA DE LEY EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMAN

RAUL BOCANEGRA SIERRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO GENERAL: A) La posición y funciones del Tribunal Constitucional y sus consecuencias. B) Los criterios materiales para la determinación del grado de fijación o definitividad de las sentencias constitucionales.—III. LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMAS.—IV. ¿COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?—V. LA VINCULACIÓN DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A) La caracterización del concepto de «vinculación». B) *La ratio decidendi*.—VI. FUERZA DE LEY DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES.

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento entre nosotros de un Tribunal Constitucional, como pieza clave del sistema de justicia constitucional instaurado por la Constitución de 1978, su complejidad, su carácter de auténtica piedra angular de todo el edificio constitucional, su novedad —si se prescinde de la breve existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República—, va a obligar, sin duda, a los cultivadores del Derecho público —y destacadamente al propio Tribunal Constitucional— a un especial esfuerzo en el intento de resolver acertadamente los múltiples y graves problemas que necesariamente habrán de representarse en el funcionamiento de una institución tan relevante para el sistema implantado por la norma fundamental y tan carente de experiencia.

Uno de estos problemas que pronto habrán de plantearse —en el momento mismo en que el Tribunal comience a emitir sentencias, lo que, en el momento de redactar este trabajo no ha ocurrido aún— es el de determinar adecuadamente y con la mayor precisión posible cuáles van a ser los efectos de las decisiones constitucionales, cuál

su grado de estabilidad o de definitividad, supuesto que, desde este mismo momento debe decirse, no parece posible una simple traslación a las mismas de los propios y conocidos—fundamentalmente la autoridad de la cosa juzgada—de las sentencias de los jueces y Tribunales ordinarios, que se aplican a un tipo de procesos diferentes y cuya trascendencia es asimismo diversa, aun tratándose en ambos casos de auténticos órganos jurisdiccionales. Este problema, que en el fondo afecta a la distribución de los poderes entre los más altos órganos constitucionales del Estado—y que, por cierto, no se encuentra, en mi opinión, sistemática ni acertadamente resuelto en nuestro Ordenamiento jurídico—, es el que se pretende abordar en el presente trabajo—fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho alemán, aunque con referencias puntuales al sistema español—, trabajo que forma parte de otro de más amplio alcance ya centrado en nuestro Derecho y del que lo que aquí de modo expositivo se publica es solamente un presupuesto analítico previo carente de conclusiones.

No creo, por lo demás, que deba ser expresamente justificada la exposición de un tema principalmente apoyado en el Derecho alemán en un asunto como éste, del que nuestro sistema es un trasunto—como ocurre con gran parte de la misma configuración total del Tribunal—y en el que la rigurosa experiencia jurídica alemana, apoyada en un patrimonio conceptual importante, puede ser enormemente útil.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando se habla de los efectos de las sentencias de los Tribunales ordinarios y, principalmente, de los efectos jurídico-procesales de cosa juzgada de las mismas, es decir, de los efectos obligatorios, vinculantes, de una tal sentencia que obligan a la intangibilidad de la situación jurídica reconocida en la decisión jurisdiccional, se ha resuelto por el Ordenamiento de modo concreto un problema que hunde sus raíces en los principios de seguridad jurídica, de paz jurídica, satisfaciendo la necesidad de una definitiva terminación de las controversias jurídicas, del material conflictivo que a través de la sentencia debe ser de una vez por todas eliminado. Con el ofrecimiento de esta solución, el Ordenamiento jurídico ha valorado las ventajas y los inconvenientes que tendría la posibilidad de mantener siempre abierto un litigio jurídico, permitiendo con la máxima amplitud el nuevo y constante enjuiciamiento de la misma cuestión ya jurisdiccionalmente resuelta, o las que ofrecería la contraria de impedir absolutamente

un nuevo examen judicial de una cuestión ya debatida y despachada por una sentencia firme, y se ha inclinado decididamente por el realce del principio de seguridad jurídica, determinando muy restringidamente qué es lo que debe ser vinculante en la sentencia, a quiénes debe vincular esa sentencia y durante cuánto tiempo deben extenderse los efectos de la misma, en atención a los cometidos que el proceso ordinario debe cumplir, para dar satisfacción a esas finalidades consideradas esenciales de terminar definitivamente las contiendas jurídicas, de crear, en suma, paz y seguridad jurídicas. Y estas finalidades se persiguen en el proceso ordinario —y ello está allí plenamente justificado en cuanto en ese proceso la controversia jurídica se reduce con carácter general a un asunto entre partes para un caso concreto, sin que deba reconocerse al mismo más trascendencia exterior (salvo los efectos de *Tatbestandwirkung*)— por medio de la reducción de los efectos de cosa juzgada material a las partes que han intervenido en el proceso, de la limitación de la vinculación de las sentencias al caso efectivamente decidido y no más allá y, justamente con este alcance, de la vinculación del juez o Tribunal decidente a sus propias resoluciones—y también los demás Tribunales, una vez que las sentencias sean firmes.

Pero estas soluciones aportadas al proceso ordinario no resultan en principio de recibo, cuando de lo que se trata es de examinar los efectos de las sentencias de un Tribunal Constitucional —aun tratándose de un auténtico Tribunal, que ejerce actividad jurisdiccional, cuyo procedimiento es realmente un procedimiento judicial, y que admite, por tanto, procedimientos y categorías procesales, como ocurre con el Tribunal Constitucional alemán (1) y con el español (2)—, en la medida en que aquella reflexión efectuada por el Ordenamiento jurídico sobre los distintos valores dignos de protección en el proceso ordinario que conducen a una determinada configuración de los efectos de las sentencias, no ha tenido en cuenta, ni ha podido hacerlo,

(1) Que la Constitución alemana incluye en el título IX, artículos 92 y siguientes, relativo al poder judicial, junto a los demás Tribunales, pero delante de ellos. Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 22 Auflage, München, 1976, especialmente pp. 289 y ss.

(2) Que, en todo caso, debe considerarse como un auténtico órgano jurisdiccional, un auténtico Tribunal, aunque el texto constitucional, cediendo en este punto al sistema kelseniano austriaco, lo haya situado fuera del título VI, relativo al poder judicial. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», ADC, 1979, trabajo éste también publicado en PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española. Un estudio sistemático*, Madrid, 1979. Cfr. también GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.ª edición, Madrid, 1979, especialmente pp. 94 y 151.

los criterios materiales de Derecho constitucional, que necesariamente han de ser considerados a la hora de precisar los efectos de las sentencias constitucionales y cuya consideración podrá conducir o no a los mismos resultados que el proceso ordinario, pero que en todo caso obliga a efectuar una nueva ponderación de los intereses en juego.

El problema de la vinculación de estas sentencias constitucionales, su existencia misma y su extensión no es, en efecto, solamente un problema procesal, una cuestión jurídico-procesal a resolver con una transposición mecánica de los principios y materiales de esta disciplina, sino que nos encontramos, además—y sobre todo—, ante un problema constitucional que exige reconsiderar de nuevo, en base a criterios de Derecho material constitucional, los principios sustantivos que deben inspirar la atribución de unos u otros efectos, primando uno u otro aspecto, a las sentencias de un Tribunal Constitucional. No conviene olvidar que la decisión sobre la naturaleza y el alcance de la vinculación de las decisiones constitucionales no supone otra cosa, en la práctica, que decidir, en una medida enormemente significativa, sobre la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales, y decidir, en consecuencia, sobre un elemento esencial de la estructura constitucional (3), en cuanto que un grado mayor o menor de fijación o de vinculatoriedad de las resoluciones de un Tribunal de esta naturaleza—y frente a lo que ocurre en el proceso ordinario—despliega efectos cuya trascendencia vital sobre los demás órganos constitucionales y sobre la propia Constitución fácilmente se alcanza. No es lo mismo, por ejemplo, considerar una sentencia del Tribunal Constitucional, en un procedimiento que no sea el de declaración de inconstitucionalidad de leyes, como productora de efectos exclusivamente entre las partes que han intervenido en el mismo y limitada al estricto tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia, o entender que sus efectos deben extenderse más allá, afectando a otras autoridades y órganos que no han intervenido en el proceso y abarcando algo más que al mero fallo—lo que prueba, en todo caso, que no cabe una aplicación incuestionada de las soluciones aportadas por el Derecho procesal para el proceso ordinario—, como no es igual decidir si la sentencia confirmatoria recaída en un procedimiento de inconstitucionalidad de leyes puede volver a ser revisada por el Tribunal o no. La solución de estas cuestiones, que supone, en

(3) VOGEL: «Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, I, 1976, p. 575; trabajo éste, en mi opinión, de importancia capital en el tema.

definitiva, optar por un grado mayor o menor de firmeza de definitividad, de las sentencias del Tribunal Constitucional, coloca la cuestión en el plano del Derecho material constitucional, que debe decidir qué valores son los prioritarios, si la protección a ultranza de la seguridad jurídica o la apertura a una constante posibilidad de revisión —y de interpretación constitucional— de cuestiones ya decididas, y ser, por tanto, protegidos por el juego de los efectos de las sentencias constitucionales.

El examen de la posición constitucional del Tribunal y de sus funciones, que reflejan una notable singularidad en relación a los demás Tribunales, sin dejar, por ello, de ser un auténtico órgano jurisdiccional —singularidad que tiene evidentes repercusiones procesales— y que a continuación, de modo puramente instrumental, se aborda, contribuirá a poner claramente de relieve el acierto de esta colocación del problema de la vinculatoriedad de las decisiones constitucionales en el plano de los principios materiales o sustantivos.

A) *La posición y funciones del Tribunal Constitucional y sus consecuencias*

La regulación, en el plano normativo, de la posición jurídica del Tribunal Constitucional alemán ofrece el siguiente panorama (que, por lo demás, con la única diferencia de que en la Constitución española, esta institución no está incluida en el título VI, dedicado al poder judicial, es perfectamente trasladable al caso español): Órgano de la Justicia constitucional, incluido expresamente por el artículo 92 de la Ley Fundamental entre los órganos del poder judicial, es definido el Tribunal Constitucional por el párrafo 1 de su Ley Reguladora (BVerfGG), de 12 de marzo de 1951, en su redacción actual de 3 de febrero de 1971, como «un Tribunal de la Federación, autónomo (*selbständig*) e independiente de todos los demás órganos constitucionales» (4). Con estas palabras, como ha señalado MAUNZ (5), viene a

(4) «Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes.» Obsérvese la similitud con esta redacción del artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional española de 3 de octubre de 1979: «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (idea que conecta también con la clásica afirmación alemana del Tribunal Constitucional como "guardián de la Constitución", ya recogida, por ejemplo, por Carl SCHMITT, que escribió un libro con ese título: *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931), es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.»

(5) MAUNZ: *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 289.

expresarse la doble posición jurídico-constitucional que el Tribunal presenta: no es solamente un órgano jurisdiccional, y justamente, como muestra el artículo 92 de la Ley Fundamental (GG), al enumerarlo en primer lugar frente a los demás Tribunales, el más alto órgano jurisdiccional del *Bund*, sino que es también del mismo modo un órgano constitucional de la Federación, en cuya calidad es autónomo e independiente frente a los demás órganos constitucionales de la Federación. Lo que la Ley del Tribunal Constitucional pretende subrayar con esta afirmación expresa y realzada de su autonomía organizatoria y de su independencia personal y material, que son caracteres esenciales de todo órgano jurisdiccional, es justamente la preponderancia de estos elementos jurisdiccionales o judiciales en el órgano constitucional (6), lo que viene a significar, contempladas estas afirmaciones desde un punto de vista funcional, que las sentencias del Tribunal Constitucional, por expreso deseo del legislador, representan auténticos pronunciamientos judiciales y en ningún caso manifestaciones de voluntad políticas (7).

Esta consideración del Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional típico, en la que conviene insistir como uno de los aspectos esenciales de la naturaleza del Tribunal, como condición básica para un correcto funcionamiento de la institución, no es obstáculo, sin embargo, a que sin perder ese carácter, presente una serie de peculiaridades que singularizan su posición—derivada de la especial

(6) Lo cual puede decirse perfectamente también de nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Conviene insistir en este punto, realizando cómo la LOTC configura a nuestro Tribunal primando sus aspectos típicamente jurisdiccionales, para salir al paso de cualquier afirmación en contra de su carácter estrictamente judicial, basado en que la Constitución no lo sitúa en el mismo título que a los demás Tribunales.

(7) Este es un tema clásico sobre el que existe práctica unanimidad, aun desde presupuestos conceptuales diferentes, y abundante bibliografía. A título de ejemplo, puede verse Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11 Auflage, Heidelberg, etc., 1978, especialmente pp. 227 y ss.; así como LEIBHOLZ, «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, 1963, pp. 61 y ss., especialmente 69 y ss.; KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison. Über Grenzen normativer Gebundenheit des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt, etc., 1988, pp. 30 y ss.; KRIEGL, «Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung», *NJW*, 1976, pp. 777 y ss.

El tema planteado en el texto exige, como señala MAUNZ (*Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 288), el ejercicio de una prudente moderación, tanto por parte del legislador como por parte del Tribunal Constitucional, en la medida en que las cuestiones políticas tienen con frecuencia un doble aspecto. Solamente aquellas cuestiones que sean susceptibles de una valoración jurídica deben ser sometidas a la decisión del Tribunal, y por él resueltas, evitándose de este modo el peligro de un hacer política bajo forma de justicia o de un hacer justicia bajo forma de política.

responsabilidad de sus funciones en relación con los Tribunales ordinarios—, y que lo sitúan en un plano diferente al de estos últimos órganos jurisdiccionales.

Sus especiales cometidos frente a los del juez ordinario, que podrían concretarse no sólo en que el Tribunal Constitucional no persigue exclusiva ni principalmente decidir una controversia jurídica concreta para restaurar el orden jurídico conculcado—antes bien, y de modo muy especial, actúan pacificadoramente hacia el futuro, crear claridad jurídica, eliminar material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias (8)—, sino también en los singulares deberes de protección e interpretación de la Constitución (9), le otorgan ciertamente un papel especial, una posición singular dotada de especial responsabilidad. Al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional tiene un campo de juego interpretativo amplísimo en la medida de la esencial «incomplitud» de la Constitución, que priva de agudeza y de perfiles netos a los conceptos jurídicos-constitucionales (10), forzando a este órgano a una tarea especialmente delicada (11), la obligación, como ha señalado VOGEL (12) con todo acierto, inherente a todo Tribunal de atender a las consecuencias de su interpretación de las leyes (13), se concreta, por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, en la necesidad de tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones (14), que pueden ser, en ocasiones extremadamente graves (15), lo que sitúa sin ninguna duda a

(8) GEIGER: «Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)», *NJW*, 1964, p. 1058.

(9) Por todos, MAUNZ, *op. cit.*, p. 285, protección de la Constitución, que vendría a significar, por una parte, control de los poderes del Estado y, por otra, el perfeccionamiento del Derecho constitucional por medio de la interpretación. HESSE: *Grundzüge...*, *cit.*, p. 226.

(10) Cfr. HESSE: *Grundzüge...*, *cit.*, pp. 11 y ss., especialmente 21.

(11) Al Tribunal Constitucional le corresponde no sólo el deber de interpretar la Constitución como una Ley ordinaria, sino también desarrollarla, completarla y depurarla, como señalan MAUNZ-KLEIN en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 1979, en la nota preliminar al número marginal 16.

(12) VOGEL: «Gesetzgeber und Verwaltung», *VVDStRL* 24, p. 170. También en *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, *cit.*, p. 577.

(13) En lo que VOGEL (*Gesetzgeber und Verwaltung*, *loc. cit.*) denomina *rückkoppelnde Gesetzesauslegung*.

(14) *Vid.* nota 7. Cfr. también LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Köln-Marienburg, 1968, pp. 5 y ss., especialmente p. 7, recogiendo la opinión del propio BVerfG.

(15) Como, por ejemplo, un profundo peligro para las finanzas del Estado. VOGEL: «L'influsso della giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto tributario vigente nella Repubblica Federale Tedesca», *Rivista di diritto finanziario* 27, 1968, pp. 22 y ss.

este Tribunal «en un plano esencialmente distinto al de los Tribunales ordinarios» (16).

Se trata, en definitiva, de que el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, que, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tienen inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas muchas veces de importancia decisiva, sitúan al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los Tribunales ordinarios.

Todo esto tiene una consecuencia evidente en el ámbito del Derecho procesal constitucional: las reglas vigentes en el marco de los procesos ordinarios no pueden ser, obviamente, a la vista de lo dicho, lisa y llanamente transferidas a los procedimientos jurídico-constitucionales, lo que, por otra parte, integra un pronunciamiento reiterado por parte del Tribunal Constitucional alemán (17).

Por lo demás, el hecho de que la regulación de los procedimientos constitucionales no se agoten en la BVerfGG, que no contiene, como es lógico, una normación acabada de las reglas procedimentales, sino que se limita al establecimiento de algunas normas necesarias y acomodadas a las especialidades del procedimiento constitucional (18), remite a una consecuente propia capacidad de creación de normas procesales por parte del Tribunal Constitucional, al que de este modo se le reconoce la posibilidad de configurar sus propias reglas procedimentales para llenar las lagunas existentes, por medio de la utilización de la analogía con las demás clases del Derecho procesal (19), pudiendo res-

(16) LEIBHOLZ: *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 72; VOGEL: *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 576.

(17) *Vid.*, por ejemplo, las sentencias que citan LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 48, donde recogen la opinión del BVerfG de que «los principios de otras clases de procedimientos no pueden ser sin más utilizados por la jurisdicción constitucional, debido a su especialidad y a su singularidad». En el mismo sentido, VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.*, aportando también jurisprudencia, aunque señalando, en nota, que ello no es obstáculo a que el Tribunal Constitucional pueda acudir a prescripciones de otros ordenamientos procesales para rellenar la esencial incompletion de las normas procesales constitucionales.

(18) «Das BVerfGG enthält keine erschöpfende Verfahrensregelung, sondern beschränkt sich auf wenige, unbedingt erforderliche, den Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens angepasste Bestimmungen.» LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, pp. 46-47.

(19) El texto de la sentencia recogido en la nota anterior continúa: «Im übrigen ist dem Gericht überlassen, die Rechtsgrundlagen für eine zweckentsprechende Gestaltung seines Verfahrens im Wege der Analogie zum sonstigen deut-

ponder con ello adecuadamente a las exigencias procesales que la singularidad de la posición constitucional del Tribunal reclama.

El Derecho procesal constitucional es, en efecto, un Derecho procesal de una clase especial (20), que se resiste a recibir los principios y los desarrollos procedimentales concretos del procedimiento general, sin pasarlos previamente por el tamiz de los criterios materiales del Derecho constitucional y sin valorar adecuadamente aquella posición constitucional del Tribunal y sus funciones, resultando así el proceso constitucional con características básicamente diferentes a las de los procesos ordinarios (21), también, como es lógico, en relación con los efectos de los mismos que se concretan en la atribución a las sentencias constitucionales de una eficacia mayor, en general, que la correspondiente a la cosa juzgada en el proceso ordinario, dando lugar a la creación de categorías jurídico-procesales diversas.

Pero antes de examinar estas diversas categorías procesales acuñadas por la generalidad de la doctrina —y por el propio Tribunal Constitucional alemán— para explicar el alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional —no sólo el concepto de cosa juzgada, sino también los de *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft* (vinculación y fuerza de ley)—, parece conveniente proceder a determinar en términos materiales, abriendo a la discusión aquí, en el ámbito del Derecho constitucional, lo que el Derecho procesal general tiene ya resuelto, y de acuerdo con el planteamiento de VOGEL (22) si es posible aceptar o exigir algún tipo de fijación (*Festschreibung*) de las decisiones del Tribunal Constitucional y en qué grado, exami-

schen Verfahrensrecht zu finden.» En la obra citada de LEIBHOLZ/RUPPRECHT se encuentran más precisiones sobre el tema.

Por lo que se refiere al sistema español, me parece evidente que estas consideraciones resultan asimismo de aplicación. El reconocimiento de esta propia capacidad de completar autónomamente las normas procesales se deduce claramente de su propia posición jurídica definida en el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y sin que la declaración de supletoriedad que efectúa la Ley en favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento civil en el artículo 80 —que es, por lo demás, una remisión a materias muy concretas que no permitirán agotar todas las singularidades de los procesos constitucionales (cfr. sobre el tema ALMAGRO, *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, especialmente pp. 359 y ss)— permita negar esta capacidad de autorregulación de sus propios procedimientos, sino más bien lo contrario.

(20) HÄBERLE: «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts», *JZ*, 1973, páginas 451 y ss.; ZUCK, «Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, 1975, pp. 910 y ss.; VOGEL, *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 576.

(21) Y ello es así, aunque no pueda hablarse de la existencia de un supraconcepto (*Oberbegriff*) para toda clase de procesos constitucionales. Cfr. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 287.

(22) VOGEL: *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., pp. 575 y ss.

nando las razones jurídico-constitucionales que podrían jugar a favor y en contra de la necesidad del establecimiento de alguna clase de fijez (Festschreibung) en las sentencias constitucionales.

B) *Los criterios materiales para la determinación del grado de fijación o de definitividad de las sentencias constitucionales*

Resulta necesario, en efecto, preguntarse si una mera transposición al proceso constitucional de la idea de cosa juzgada de uso habitual en el Derecho procesal o en términos más amplios, cualquier tipo de fijación, de *Festschreibung*, de las decisiones constitucionales no podría resultar de algún modo perjudicial para el cumplimiento de las funciones que el Tribunal Constitucional tiene asignadas (23), en cuanto parece evidente que la absoluta inadmisión de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional enjuicie de nuevo sus propias decisiones provocaría distorsiones de primera importancia en todo el mecanismo constitucional.

Ciertamente (24) si se aceptara una absoluta imposibilidad de volver a examinar las decisiones jurisdiccionales del Tribunal (naturalmente por él mismo, en cuanto que es el más alto Tribunal), y en la medida en que tales decisiones completarían de modo vinculante y sucesivo la Constitución misma, la *flexibilidad*, la capacidad de adaptación del texto constitucional a la cambiante realidad cotidiana se vería seriamente dificultada, así como resultaría enormemente comprometida en momentos de graves discusiones políticas —en las que la propia existencia en extremo de la comunidad podría estar en peligro—, la posibilidad de encontrar un camino, una vía a la pacificación y al compromiso por medio del Tribunal Constitucional, que estaría completamente vinculado a sus propias decisiones. Con ello, del mismo modo, resultaría absolutamente vedada la apertura de la Constitución a posibles desarrollos futuros de las cuestiones ya resueltas (25), que de este modo quedarían indefinidamente fijadas.

(23) VOGEL, *op. cit.*, pp. 576-77.

(24) VOGEL, *op. cit.*, pp. 577-80.

(25) Cfr. HOFFMANN-RIEM: «Beharrung oder Innovation, Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen», *Der Staat*, 1974, pp. 335 y ss. THIERFELDER: «Zur Geltungsdauer verfassungsgerichtlicher Erkenntnisse», *DÖV*, 1968, página 271, cit. por VOGEL, *op. cit.*, p. 577, que señala: «Jene Grundwerte einer Verfassung—oder, wenn man den Ausdruck "Werte" scheut, ihre Grundentscheidungen—werden sich aber in der Regel nur dann auf die Dauer aufrechterhalten lassen, wenn die Verfassung in ihren Verfahren zur Verwirklichung und Durchsetzung jener Werte beweglich, anpassungsfähig, wandelbar bleibt.» En sentido semejante al señalado en el texto, RUPP, «Zur Bindungswirkung der Entscheidun-

En segundo lugar, una vinculación total del Tribunal Constitucional a sus propias decisiones, la necesidad de aceptar las sentencias anteriores sin poder volver sobre ellas, sería adicionalmente problemática en todos aquellos casos en los que la primera decisión vinculante fuera errónea o equivocada (*Fehlerhaft*), lo que, evidentemente, y a pesar de la alta cualificación profesional de los magistrados del Tribunal, no puede de ningún modo excluirse. Abandonado el dogma de que *solamente una interpretación* de una determinada disposición podría ser considerada como correcta, al mismo tiempo que, por otro lado el «ancho de banda» (*Bandbreite*) de las posibles interpretaciones constitucionales tiene lógicamente sus fronteras, más allá de las cuales no podría ser aceptada como «correcta», incrementan de modo claro las posibilidades de una interpretación incorrecta o errónea. La existencia de «sentencias inconstitucionales» (*Verfassungswidrige Entscheidungen*) no es, en efecto, en absoluto impensable (26).

Por último, si la fijación de las sentencias del Tribunal Constitucional fuera tan absoluta que no se admitiera una vía a la revisión por el mismo de sus propias decisiones, habría que aceptar entonces, inevitablemente, que una decisión equivocada del Tribunal *cambiaría de hecho* la Constitución (27), en cuanto es evidente que, en tal caso, habría que atenerse no al texto constitucional, sino necesariamente a la decisión del Tribunal (28).

gen des Bundesverfassungsgerichts», en *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, 1968, pp. 421-422. KRÜGER: *Allgemeine Staatslehre*, 2 Auflage, Stuttgart, 1966, p. 293.

(26) Como, por ejemplo, en el caso de que el Tribunal Constitucional, en un procedimiento de control de normas (declaración de inconstitucionalidad), declarase nula una norma que previamente hubiera sido confirmada por el mismo Tribunal. Cfr. VOGEL, *op. cit.*, p. 578 —y la bibliografía que cita—, que se extiende en consideraciones muy interesantes sobre el tema.

(27) ZEUNER: «Über die Geltungsdauer der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen», *DÖV*, 1955, p. 339. VOGEL, *op. cit.*, p. 579. En contra, SCHULTZ: «Verfassungsänderung durch unrichtigen Entscheid des Bundesverfassungsgerichts?», *AöR*, 1955-56, páginas 484 y ss.

(28) MAUNZ, en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., comentario al parágrafo 31, núm. marginal 5. Esta consecuencia solamente podría evitarse, como señala VOGEL (*Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 579), si se sitúa la cuestión, desde una perspectiva teórica, en términos de un puro positivismo jurídico, que de suyo niega la posibilidad de una divergencia entre norma (constitucional) y jurisprudencia; si se acepta, en definitiva, la famosa máxima del undécimo presidente del Tribunal Supremo norteamericano Charles Evans HUGHES: «We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.» Pero esta afirmación parece incompatible con el pensamiento jurídico-constitucional de Europa occidental, añadiendo VOGEL, por ello, que tiene razón SMEND (*Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, 1973, página 24) cuando afirma, alterando esa frase, que la Ley Fundamental valdría

Ahora bien, no obstante lo hasta aquí señalado, no parece que pueda resultar dudoso, de otro lado, que una determinada fijación o estabilidad de las sentencias constitucionales, debidamente concreta y delimitada en sus contornos, es algo que resulta completamente imprescindible y lleno de sentido, exigido, además, por los propios textos fundamentales (29). Así, el establecimiento de un Tribunal Constitucional de acuerdo con los artículos 93 (30) y 94 (31) GG debe ga-

hoy «*praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt*». Esta situación jurídico-constitucional así correctamente descrita (no se puede negar, como señala MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 59, la existencia de cambios constitucionales «tácitos» —*stiller Verfassungswandel*— fuera del procedimiento formal de modificación de la Constitución, guste o no guste, producidos por la jurisprudencia constitucional—cfr. VON DER HEYDTE, «*Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*», *Arch. f. R. u. Soz. Phil.*, 1952, pp. 464 y ss.) es, sin embargo, apenas imaginable si una decisión «errónea» vulnera la norma constitucional, y debe ser, sin embargo, aceptada como vinculante e inamovible, señalando VOGEL, por último, que si un Tribunal Constitucional no puede ser llamado a ocuparse de realizar de modo consciente y responsable un cambio constitucional, porque, como se ha indicado (KRÜGER: «*Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung*», *DÖV*, 1961, p. 721, y en *Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, p. 151), un Tribunal no es adecuado por su estructura y procedimiento para esta finalidad, mucho menos podría aceptarse que un error de hecho o de derecho, o un desacierto, en suma, del Tribunal Constitucional pudiera provocar ese efecto.

(29) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(30) «1. El Tribunal Constitucional federal decide: 1. Sobre la interpretación de esta Ley Fundamental con motivo (*aus Anlass*) de litigios surgidos acerca del alcance de los derechos y obligaciones de un órgano supremo de la Federación o de otras partes interesadas que sean investidas de derechos propios por esta Ley Fundamental o por el Reglamento interno de un órgano supremo de la Federación. 2. Sobre las diferencias de opinión o dudas surgidas acerca de la compatibilidad formal o material del Derecho federal o de los Estados con la presente Ley Fundamental o acerca de la compatibilidad del Derecho de los Estados con otras normas de Derecho federal, a petición del Gobierno federal, del Gobierno de un Estado o de un tercio de los miembros del *Bundestag*. 3. Sobre las diferencias de opinión acerca de los derechos y obligaciones de la Federación y de los Estados, especialmente a propósito de la ejecución del Derecho federal por los Estados y del ejercicio de la tutela federal. 4. En otros litigios de Derecho público entre la Federación y los Estados, entre los diversos Estados o en el interior de un Estado, siempre que no exista otra vía jurídica. 4a. Sobre los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerden*) que todos pueden interponer sobre la base de haber sido lesionados en alguno de sus derechos fundamentales o en algunos de sus derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104. 4b. Sobre los recursos de amparo de Municipios y Agrupaciones municipales a causa de la violación por ley federal del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 28 o por ley de los Estados, pero en este caso sólo si no cabe recurso ante el Tribunal Constitucional del Estado. 5. En los demás casos previstos en esta Ley Fundamental.

2. El Tribunal Constitucional Federal actuará también en los demás casos que le fueren atribuidos por Ley federal.»

(31) «1. El Tribunal Constitucional Federal se compone de jueces federales y de otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional se eligen la mi-

rantizar no sólo que las cuestiones litigiosas sobre la Constitución, cuya resolución el texto constitucional le atribuye, deban ser resueltas con arreglo a estrictos criterios jurídicos (32), sino también que deban ser resueltas *definitivamente*, en cuanto, de otro modo, la posibilidad permanentemente abierta de replantear la misma cuestión indefinidamente (33) supondría un claro incumplimiento por parte del Tribunal Constitucional de sus propias funciones, que le obligan a impedir la repetición de los mismos conflictos, a crear claridad jurídica, a eliminar material conflictivo (34), a garantizar, en definitiva, la paz y seguridad jurídicas como parte esencial del principio del Estado de Derecho, la garantía exige tanto la apertura y desarrollo de un proceso judicial como que este proceso encuentre un término definitivo (35).

Esta necesidad de que las sentencias del Tribunal Constitucional resuelven definitivamente las contiendas constitucionales, con la consiguiente característica de su vinculatoriedad (*Verbindlichkeit*), es, al mismo tiempo que una exigencia para el cumplimiento de las funciones que una institución de esta naturaleza tiene encomendadas también un requisito imprescindible para el mantenimiento de su

tad por el *Bundestag* y la mitad por el *Bundesrat*. No pueden pertenecer al *Budestag*, al *Bundesrat*, al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Estado.

2. Una Ley federal regulará su constitución y procedimiento y determinará en qué casos sus decisiones tienen fuerza de ley. Podrá establecer como condición para la interposición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y prever un procedimiento especial de admisión.»

(32) Señala VOGEL (*Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 580) al respecto que «en el lugar del poder—incluso del poder que da la mayoría—debe actuar el Derecho; los derechos esenciales de los ciudadanos deben ser garantizados con independencia del arbitrio político y las respectivas modas ideológicas de la mayoría», añadiendo que este deber sólo puede ser cubierto por el Tribunal Constitucional, si sus decisiones poseen una cierta medida de definitividad (*Endgültigkeit*).

(33) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(34) Cfr. GEIGER: *Die Grenzen der Bindung...*, cit., p. 1058.

(35) RUPP: *Zur Bindungswirkung der Entscheidungen...*, cit., p. 403: «Das Rechtsstaatsprinzip, das zu den Leitideen des Grundgesetzes gehört, enthält als wesentlichen Bestandteil die Gewährleistung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Dieses Ziel verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des gerichtlichen Verfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist», añadiendo: «Rechtsfrieden und Rechtssicherheit sind von so zentrale Bedeutung, dass um ihretwillen sogar die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss.» (La paz y la seguridad jurídicas son de tal central significación—para el principio del Estado de Derecho—, que debe ser soportada incluso la posibilidad de una decisión tal vez incorrecta en el caso concreto.) Cfr. también SCHEUNER: «Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen», *DÖV*, 1954, p. 643.

independencia, expresamente afirmada por la Ley (36). El riesgo claro de intentar influir ilícitamente de algún modo las posiciones del Tribunal Constitucional, posibilidad que en ningún caso debe despreciarse y de lo que la República Federal de Alemania conoce ejemplos, alcanzaría mucha mayor amplitud, si esta posible presión política sobre el Tribunal no terminase con la sentencia recaída en el primer proceso: solamente una normativa que permita eliminar definitivamente las contiendas constitucionales puede excluir de entrada tales posibilidades de presión (37).

Hay, pues, como se observa, una tensión entre la necesidad de disponer de decisiones jurisdiccionales constitucionales que permitan la adaptación de la interpretación de la Constitución a la realidad de cada momento y la eliminación de eventuales «sentencias inconstitucionales», que exige una cierta apertura al nuevo enjuiciamiento de cuestiones ya resueltas, y los principios de seguridad jurídica que impidan el replanteamiento indefinido de las mismas cuestiones. Tensión que debe ser resuelta de acuerdo con el principio de la «concordancia práctica» (*praktische Konkordanz*) a que se ha referido Hesse (38) en la búsqueda de un equilibrio o un compromiso que garantice la vinculatoriedad o fijeza de las sentencias constitucionales en medida necesaria para la terminación de las controversias y la apertura y capacidad de cambio en cuanto no ponga en peligro la función de pacificación del Tribunal Constitucional (39).

Todo ello se encuentra ciertamente en la base misma del problema y, más o menos explícitamente expuesto (40), en los planteamientos que abordan la cuestión de los efectos de las decisiones del Tribunal

(36) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(37) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

(38) HESSE. *Grundzüge...*, cit., pp. 28 y ss. Principio de «concordancia práctica» que, en estrecha conexión con el principio de unidad de la Constitución, exige que los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente sean de tal modo coordinados en la solución de los problemas, que cada uno de ellos pueda ser realizado sin que, allí donde exista colisión entre ellos, pueda materializarse uno a costa de los otros, en una precipitada «valoración de los bienes» (*Güterabwägung*) o en una completamente abstracta «ponderación de los valores» en juego (*Wertabwägung*). Antes bien, el principio de unidad de la Constitución establece la obligación de una «optimización» (*Optimierung*): ambos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser delimitados para que ambos puedan llegar a su más óptima realización. Estas delimitaciones deben ser proporcionadas (*verhältnismässig*) al caso concreto, no pudiendo ir más allá de lo necesario para lograr la concordancia de ambos bienes jurídicos.

(39) VOGEL, *op. cit.*, pp. 581-82.

(40) MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER; *Bundesverfassungsgesetz*, cit., núm. marginal 5 al comentario al párrafo 31, recoge expresamente el planteamiento de VOGEL aquí adoptado.

Constitucional, volcados en la utilización mayoritaria, aunque con diversos matices, de tres categorías conceptuales básicas —aunque, en general, solamente dos de ellas han representado hasta hace bien poco un intento concreto de resolver los peculiares problemas planteados por este tipo de sentencias—, como son las de cosa juzgada (*Rechtskraft*), vinculación de los poderes públicos (*Bindungswirkung*) y fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) (41), como expresión de la singularidad de los efectos de las sentencias constitucionales frente a las de los jueces ordinarios y cuyo análisis a continuación se aborda.

III. LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMAS

Frente a la ausencia casi total de claridad qué existe en nuestro ordenamiento acerca del panorama de efectos que deben corresponder a las decisiones del Tribunal Constitucional (42), el Derecho alemán es en el plano normativo mucho más claro en la determinación de estos efectos, aunque complicado, como es natural, en la práctica diaria, es éste un tema ampliamente discutido, sin que pueda decirse

(41) Categorías, por cierto, importadas, aunque, en mi opinión, irreflexiva y defectuosamente, en el Derecho español. *Vid.* nota siguiente.

(42) El marco legal es el siguiente: artículo 164 de la Constitución: «1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos. 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.» El artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Dos. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía fundado en infracción de idéntico precepto constitucional. Tres. Si se tratase de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional, y las partes, desde el momento en que sean notificadas.» El artículo 61.3 del mismo texto legal: «La decisión del Tribunal Constitucional (en los procedimientos de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí) vinculará a todos los poderes públicos y, tendrá plenos efectos frente a todos.» Se trata, como se observa, en gran medida, de la introducción de la terminología alemana, aunque de un modo mucho más confuso.

que exista una dirección doctrinal —e incluso jurisprudencial— que quepa considerar como absolutamente mayoritaria.

Desde el punto de vista normativo, hay que destacar que la GG no regula directamente la cuestión, es decir, no precisa con detalle cuáles deben ser los efectos de las decisiones constitucionales, limitándose, por el contrario, como ya hemos indicado, a señalar en el artículo 94.2 que «una Ley federal regulará su constitución y procedimiento (del Tribunal) y *determinará en qué casos sus decisiones tienen fuerza de ley*». Se recoge, pues, la antigua tradición alemana de que determinadas sentencias del Tribunal Constitucional —concretamente las dictadas sobre control de normas (*Normenkontrolle*) (43)— disponen de la misma fuerza de obligar —fuerza de ley— que las normas cuya constitucionalidad ellas mismas enjuician, pero no contiene el texto fundamental ninguna otra precisión al respecto, como tampoco establece un mandato explícito en cuya virtud hayan de ser expresamente regulados o previstos otro tipo de efectos para estas sentencias. Ello no obstante, la BVerfGG de 12 de marzo de 1951 ha recogido sistemáticamente y con detalle la cuestión. Así, el párrafo 31 de esta Ley señala: «1. Las sentencias del Tribunal Constitucional federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como a todos los Tribunales y autoridades; 2. En los casos del párrafo 13, números 6, 11, 12 y 14 (44), la decisión del Tribunal Constitucional tiene fuerza de ley. Esto rige también en los casos del párrafo 13, número 8 a), (45), si el Tribunal declara una ley incompatible o compatible con la Ley Fundamental

(43) Lo que, entre nosotros, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llama procedimientos de inconstitucionalidad.

(44) Señala este párrafo .13 BVerfGG en los números citados: «El Tribunal Constitucional decide en los casos determinados por la Ley Fundamental; a saber: ... 6. Sobre las diferencias de opinión o dudas surgidas acerca de la compatibilidad formal o material del Derecho federal o de los Estados con la Ley Fundamental o acerca de la compatibilidad del Derecho de los Estados con otras normas de Derecho federal, a petición del Gobierno federal, del Gobierno de un Estado o de un tercio de los miembros del *Bundestag*. (Este es el llamado *abstrakte Normenkontrolle*, equivalente a nuestro recurso de Inconstitucionalidad.) 11. Sobre la compatibilidad de una ley federal o de una ley de los Estados con la Ley Fundamental o sobre la compatibilidad de una ley de los Estados o de otro Derecho estatal con una ley federal, a petición de un Tribunal. (Este es el llamado *konkrete Normenkontrolle*, equivalente a nuestra cuestión de inconstitucionalidad.) 12. Con ocasión de la existencia de dudas sobre si una norma de Derecho internacional forma parte del Derecho federal y si origina directamente derechos y deberes para los particulares, a petición del Tribunal. 14. Con ocasión de diferencias de opinión sobre la vigencia de normas jurídicas como Derecho federal.»

(45) Se refiere a la *Verfassungsbeschwerde*, en parte equivalente a nuestro recurso de amparo.

o la declara nula (46). Si una ley se declara compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas de Derecho federal, o nula de pleno derecho, se publicará el fallo por el ministro federal de Justicia en el Boletín Oficial federal. Lo mismo se efectuará con los fallos en los casos del párrafo 13, números 12 y 14» (47).

Pero efectuada, como se ha notado, esta regulación sin un mandato expreso del legislador constitucional, se planteó en seguida el problema de su posible inconstitucionalidad, en cuanto la autorización contenida en la GG se refería exclusivamente a la posibilidad de determinar los supuestos en los que las decisiones del Tribunal Constitucional tendrían fuerza de ley, no alcanzando, sin embargo, a cubrir la atribución a las mismas de un efecto de *vinculación* de carácter general no previsto en la norma constitucional (48).

Pese a ello, lo cierto es que, en la actualidad, no se plantean mayores dudas sobre la posible inconstitucionalidad de este precepto legal, aceptándose, por el contrario, por la generalidad de la doctrina la corrección de su acomodación constitucional, al afirmarse que no hay razón para que una normación de esta naturaleza, que fija los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, deba ser hecha contando con una expresa habilitación constitucional previa: ello

(46) Esto es muy importante destacarlo, porque viene a romper la automática ligazón entre la declaración de inconstitucionalidad de una norma y su nulidad de pleno derecho, tal y como estaba en la redacción inicial de la ley. Se trata de una modificación efectuada con posterioridad, y supone un reconocimiento de las amplias posibilidades intermedias de que dispone el Tribunal Constitucional entre la declaración pura y simple de nulidad de una ley y la declaración, del mismo modo carente de matices, de su constitucionalidad. Entre una bibliografía abundantísima sobre el tema, puede verse el libro de BÖCKENFÖRDE: *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidrige Gesetze*, Berlín, 1966, especialmente interesante, aunque sus conclusiones no puedan compartirse. Un análisis reciente de la jurisprudencia sobre el tema, en MOENCH: *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977.

(47) Parágrafo 31: «1. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

2. In den Fällen des § 13 Nr. 6, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8 a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch den Bundesminister der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechends gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 y 14.»

(48) Cfr. THIEME: *Zum Problem der Bindung aller Gerichte und Behörden an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, ZBR, 1954, pp. 193 y ss. BURSCH: *Die Bindung an das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl, 1954, pp. 597 y ss.

entraría en el ámbito de las competencias ordinarias del legislador, mientras el propio Tribunal Constitucional no se pronuncie de otro modo y debiendo, por tanto, ser contrastada tal prescripción legal con la Constitución con los mismos criterios que cualquier otra norma jurídica del mismo rango (49).

A la vista del sistema legal señalado, que es el único existente al respecto, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se han planteado multitud de interrogantes y, en lo que nos interesa, fundamentalmente tres cuestiones básicas.

En primer lugar, y tal vez ello pueda parecer sorprendente, si las decisiones del Tribunal Constitucional producen el efecto capital y general a todas las sentencias emitidas por los Tribunales ordinarios, esto es, si producen el efecto de cosa juzgada o si, por el contrario, solamente aquellos previstos expresamente en la ley, *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*. No conviene olvidar, en efecto, como presupuesto que puede dar origen a esta pregunta, que no sólo el parágrafo 31 de la BVerfGG no prevé que las decisiones constitucionales entren en fuerza de cosa juzgada, sino que también podría suscitarse si la especial naturaleza y posición constitucional que el Tribunal posee, junto al hecho de que los procesos constitucionales en general (50) presentan grandes diferencias con los procesos ordinarios (51), no podrían conducir a que las decisiones producidas por un Tribunal con tan singulares características en el seno de un también singular proceso incorporaran a su vez un conjunto de efectos diversos de aquellos que normalmente se adjuntan a las sentencias del juez ordinario.

(49) Cfr., por todos, MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., comentario al parágrafo 31, núm. marginal 2.

(50) De modo especial, algunos de ellos, como muy claramente los de inconstitucionalidad de leyes.

(51) Se trata, en general, de procesos objetivos, en los que los intervinientes no son partes en sentido estricto ni lo hacen en defensa de sus propios derechos o intereses. Es opinión prácticamente general. Cfr., por ejemplo, GEIGER: *Die Grenzen der Bindung...*, cit., pp. 1057 y ss., o FRIESENHAHN: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln, etc., 1983, p. 7, que señala: «Den Kernbestand der Verfassungsgerichtsbarkeit bilden die Organstreitigkeiten und die Streitigkeiten aus dem bundesstaatlichen Verhältnis, die Normenkontrolle und die Verfassungsbeschwerde. Darum herum gruppiert sich eine Fülle anderer Verfahren. Sämtliche Verfahren, mögen sie auch prozessual als Verfolgungeigener Rechte oder als Untersuchung subjektiven verfassungsschädlichen Verhaltens gestaltet sein, dienen letztlich der Bewahrung der Verfassung in ihrem objektive Bestande.» Para el control de normas, SÖHN: «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, I, 1978, pp. 295 y siguientes; por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, cit., p. 155.

En segundo lugar se encuentra la cuestión de delimitar conceptualmente efectos de vinculación (*Bindungswirkung*) y de fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) y, suponiendo que pudiera aceptarse la producción del efecto de cosa juzgada en las sentencias constitucionales, también la de esta idea (*Rechtskraft*) y las relaciones entre todos estos conceptos. Cómo sean comprendidos cada uno de ellos y cómo puedan distinguirse entre sí en cuanto portadores de un contenido diverso es, pues, la segunda de las cuestiones aludidas. Este es un problema capital que se plantea en los siguientes términos: la singularidad de los cometidos del Tribunal Constitucional y la necesidad de que los mismos sean acertadamente desempeñados exigiría que las decisiones constitucionales desplegaran un abanico de efectos más amplio en general, pero en todo caso distinto de los propios de la cosa juzgada, que vendrían aglutinados en tres núcleos problemáticos y que deberían resolver equilibradamente las tensiones a que ya nos hemos referido entre la seguridad jurídica y una necesaria y flexible capacidad de cambio y de adaptación constitucional: a quién obligan las decisiones del Tribunal Constitucional, qué es lo que obliga de sus sentencias y durante cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes estas decisiones. Porque, en primer término y en cuanto los procesos constitucionales son procesos objetivos que presentan una mayor trascendencia pública que los procesos ordinarios, parece que la fuerza de obligar de las sentencias en ellos dictadas no debería quedar reducida exclusivamente a los intervinientes, a las partes, si se puede hablar de partes; sino que la extensión de sus efectos debería ser mayor. En segundo término, la necesidad de que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente las contiendas, evitando no sólo que puedan ser replanteadas las mismas cuestiones (lo que puede conseguirse en gran medida con una adecuada solución de la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias), sino también que las conductas prohibidas en las sentencias constitucionales no puedan volver a repetirse abre la cuestión de si para cubrir esta finalidad es suficiente que lo que sea obligatorio y vinculante en la decisión constitucional sea solamente, como en general se afirma para las decisiones jurisdiccionales ordinarias, el estricto tenor del fallo o, por el contrario, resulta necesario introducir una vinculación que se extienda a otras partes de la sentencia. Y en tercer término, si la duración de la eficacia obligatoria de las sentencias se extendería, como es normal en los ordinarios, mientras no varíen la situación de hecho o de derecho, entendiéndose por tal el cambio normativo o, por el contrario, podría de algún modo ser alterado este criterio.

Finalmente, retomando el esquema de problemas propuesto más arriba, la tercera de las grandes cuestiones a que se reconduce el tema propuesto —que aunque en realidad es una derivación de lo anterior, suele analizarse habitualmente de forma autónoma— es la de si puede resultar posible, concretamente en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*), que una ley que ha sido expresamente declarada por el Tribunal Constitucional compatible, conforme con la Constitución, puede ser enjuiciada de nuevo por el propio Tribunal y eventualmente declarada inconstitucional o si, por el contrario, debe admitirse que la sentencia que declara la constitucionalidad de una ley —lo mismo que la que establece su nulidad— (52), justamente por la eficacia propia de las leyes que a estas sentencias se atribuye, no puede ser objeto de una nueva decisión jurisdiccional por el propio Tribunal Constitucional, asunto éste sobre el que las opiniones son en extremo controvertidas, sobre todo porque la BVerfGG no se ha pronunciado aún con claridad al respecto (53).

El análisis de la posibilidad de la producción de los efectos de cosa juzgada en las sentencias del Tribunal Constitucional, de los efectos de vinculación de las mismas y de los orígenes y consecuencias de la incorporación de *Gesetzeskraft* a aquellas decisiones jurisdiccionales, en cuanto éstos son precisamente los aspectos que originan el núcleo problemático descrito, debe ser seguidamente abordado, lo que se emprende con un cierto detalle y tratando de aislar soluciones.

IV. ¿COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Existe prácticamente unanimidad en la doctrina en afirmar, sobre el principio básico de que las sentencias constitucionales proceden de

(52) Esta es también la sanción procedente en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el artículo 39.1 LOTC. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ: *Curso...*, citado I, pp. 152 y 158 y ss.

(53) En realidad, todas las cuestiones así sumariamente expuestas pueden ser trasladadas a la situación actual del ordenamiento español y ser recogidas prácticamente en sus propios términos, presentando la última una especial gravedad, debido a que, aparentemente, la solución de la imposibilidad de un nuevo pronunciamiento sobre una ley declarada conforme con la Constitución es la que recoge la LOTC en los artículos 29.2 y 38, a diferencia de la BVerfGG, que no se pronuncia sobre el tema. Esta construcción, que debe considerarse inconstitucional (GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 151 y ss.), viene a recoger, como se verá, un grave error de un sector de la doctrina alemana que los autores más lúcidos justamente critican.

un auténtico Tribunal y deben, por tanto, desplegar tales decisiones los mismos efectos que las de los jueces ordinarios, que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos de cosa juzgada, habiéndose pronunciado asimismo en este sentido con toda claridad el propio Tribunal al señalar que a ellas «les corresponde, igual que a las de otros Tribunales, el efecto de cosa juzgada» (54), a pesar de que, como se ha tenido ocasión de notar, esta precisión no se encuentra en el texto constitucional ni tampoco en la BVerfGG. Es, no obstante, y aparte de lo ya dicho, el dato decisivo de que al Tribunal Constitucional, junto a su consideración jurídica de órgano constitucional, no se le puede negar en ningún caso que posee de modo inequívoco las competencias, las cualidades y las características de un auténtico Tribunal (55), lo que permite afirmar sin titubeos que las sentencias constitucionales entran en fuerza de cosa juzgada (56).

Pero de un lado el hecho de que entre los diversos procedimientos, cuya resolución se atribuye a la competencia del Tribunal Constitucional, existen diferencias muy marcadas (57), que difícilmente permi-

(54) «Den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kommt gleich denen anderer Gerichte Rechtskraftwirkung zu» (BVerfGE 4, 31; 20, 56, entre muchas). En el mismo sentido, RUPP: *Zur Bindungswirkung...*, cit., pp. 403 y ss., esp. p. 404. LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 95. BROOX: «Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht», en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen, 1974, pp. 814 y ss. VOGEL: *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., páginas 584 y ss. SACHS: *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, 1977, p. 32. LANGE: *Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, JuS, 1978, p. 2. MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., número marginal 8 al comentario al párrafo 31.

(55) MAUNZ, op. cit., núm. marginal 1 al comentario al párrafo 31. Esta es, por lo demás, claramente la voluntad del legislador constitucional y ordinario. Así, el artículo 92 GG señala: «El poder judicial está confiado a los jueces y se ejercita por el Tribunal Constitucional, por los Tribunales Federales previstos en esta Ley Fundamental y por los Tribunales de los Estados» («Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch in diesem Grundgesetz vorgesehene Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt»). Del mismo modo, como ya hemos visto, el párrafo 1 BVerfGG califica al Tribunal Constitucional como «Tribunal autónomo e independiente».

(56) En nuestro ordenamiento esto es evidente, en cuanto viene expresamente afirmado por la Constitución y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que constituye un punto de partida importante.

(57) Cfr. una clasificación que, aunque referida al Derecho alemán—que prevé más procedimientos que los atribuidos al Tribunal español—, puede ser de aplicación entre nosotros, en FRIESENHAHN: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln, etc., 1983, pp. 23 y ss. libro éste que, a pesar de que se reciente del tiempo transcurrido desde su publicación, sigue siendo un clásico en la materia.

ten un tratamiento unitario de los mismos (58) —coexistiendo procedimientos rigurosamente objetivos con alguno que presenta en menor grado esta característica—, junto con la circunstancia, de otra parte, de que en los procedimientos de control de normas (inconstitucionalidad) lo que se enjuicia es precisamente una ley y no un concreto *Sachverhalt*, como ocurre en los procesos ordinarios, han permitido a un sector de la doctrina desde estos dos puntos de vista diferentes negar la capacidad para desplegar los efectos propios de la cosa juzgada a las sentencias constitucionales en todos los casos en los que los intervinientes en el proceso constitucional no son partes individuales, esto es, personas físicas (59) y más restringidamente y por razones distintas en los casos en los que las sentencias deciden procedimientos de control constitucional de normas (60).

(58) En este sentido, MAUNZ (*Deutsches Staatsrechts*, cit., p. 287).

(59) KRIEGLER: *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, pp. 294 y ss., especialmente p. 296; en cuanto en los demás casos, conduciría a una congelación del Derecho constitucional y a una prohibición de corregir las anteriores decisiones, carente totalmente de sentido. Esto no valdría, por el contrario, cuando las partes en el proceso constitucional son individuos, es decir, en los casos de la *Verfassungsbeschwerde*, de pérdida de los derechos fundamentales del artículo 18 GG (*Verwirkung von Grundrechten*, § 13, núm. 1 BVerfGG) y de recusación contra los jueces (*Richteranklage*), en donde resulta razonable prever la producción del efecto de cosa juzgada en las sentencias constitucionales: «Nur dann kann man z. B. der obstinaten Wiederholung von Verfassungsbeschwerden entgegenwirken und nur dann können die ins Verwirkungsverfahren oder Richteranklage verwickelten Personen irgendwann sicher sein, dass die Sache erledigt ist. Andererseits lässt sich eine Fehlentscheidung leichter in Kauf nehmen, wenn sie nur Einzelindividuen berührt.» En su opinión, por lo demás, el legislador lo habría previsto expresamente por medio de los párrafos 41 y 98, para los casos de pérdida de los derechos fundamentales y de *Verfassungsbeschwerde*, respectivamente («Si el Tribunal Constitucional ha decidido sobre el fondo de una demanda, sólo podrá repetirse contra el mismo demandado si se funda en nuevos hechos», teniendo ambos preceptos el mismo contenido: «Hat das Bundesverfassungsgericht über einen Antrag sachlich entschieden, so kann er gegen denselben Antragsgegner nur wiederholt werden, wenn er auf neue Tatsache gestützt wird»), y en el 61, para el caso de recusación de jueces, que limita estrechamente las causas que pueden dar lugar a la repetición del proceso.

(60) FRIESENHAHN: «Zum Inhalt und zu der Wirkungen der Entscheidungen des Deutschen Bundesverfassungsgerichts», en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, I, Milano, 1970, pp. 897 y ss. WENIG: *Zur Zulässigkeit einer erneuten Vorlage in Normenkontrollverfahren*, DVBl, 1973, p. 345. Ha sido especialmente el Tribunal Constitucional de Baviera quien en una decisión de 1952 (Bay. VerfGHE N. F. Bd. 5, II, p. 183, cit. por VOGEL, *op. cit.*, p. 605) sentó la afirmación, después recogida por la doctrina, de que «conceptualmente sólo se podría hablar de cosa juzgada material si se aplica una norma a un determinado estado de cosas (*Sachverhalt, Lebensvorgang*)», con lo que solamente cabría la producción de este efecto en los procedimientos constitucionales, allí donde se hubiera decidido sobre un concreto *Sachverhalt*, mientras que justamente, por el contrario, la esencia del control de normas consiste en que una norma de menor rango es confrontada con otra de superior rango. Como señala Vo-

Estas conclusiones, sin embargo, no resultan de recibo. No parece, en efecto, en el primer caso, que el carácter rigurosamente objetivo de la mayor parte de los procesos constitucionales contradiga de algún modo el instituto de la cosa juzgada; antes bien, por el contrario, es una parte esencial de todo proceso judicial —y el Tribunal Constitucional es un auténtico Tribunal— y una manifestación muy importante de la exigencia del principio del Estado de Derecho de paz y seguridad jurídicas (61), que obliga a su admisión de principio en todos los procedimientos jurisdiccionales constitucionales.

La negación de los efectos de cosa juzgada a las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad basada en que el concepto de cosa juzgada material exige la aplicación de una norma a un concreto estado de cosas (*Sachverhalt*), lo que en este tipo de procesos no ocurre en la medida en que es justamente una norma lo que es sometido a otra (62), no resiste, por otra parte, como es evidente, el menor análisis, puesto que lo que constituye aquí, en este tipo de procesos, el concreto *Sachverhalt* es justamente la validez de la norma enjuiciada (63). Otro tanto puede decirse de aquella opinión que señala no que los procedimientos de inconstitucionalidad y los procesos ordinarios sean distintos en su estructura interna, sino que con el control de normas se trataría de algo cualitativamente distinto, es decir, que las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad no serían manifestación del ejercicio de actividad jurisdiccional, sino, de modo muy preciso, actividad legislativa, legislación (64). Como con

GEL (*op. cit., loc., cit.*), las ideas subyacentes a estas consideraciones son antiguas, puesto que ya Carl SCHMITT (*Der Hüter der Verfassung*, cit., p. 42) había dicho que las normas no pueden ser subsumidas bajo otras normas.

(61) LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 95.

(62) *Vid.* nota 60.

(63) RUPP: *Zur Bindungswirkung...*, cit., p. 404. En el mismo sentido, BROX: *Zur Zulässigkeit...*, cit., p. 815. MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., núm. marginal 8 al comentario del § 31. ZEUNER: *Über die Geltungsdauer der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen*, DöV, 1955, página 338. LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, etc., 1954, § 31, 1. VOGEL, *op. cit.*, p. 675. Para RUPP (*op. cit., loc. cit.*), no obstante, este problema carece de significación práctica en cuanto la sentencia en procedimiento de inconstitucionalidad tiene fuerza de ley. En sentido semejante, WENIG: *Zur Zulässigkeit einer erneuten Vorlage...*, cit., p. 346. Esto no puede, sin embargo, aceptarse. Como señala VOGEL (*op. cit.*, pp. 614 y ss., *passim*), la sentencia desestimatoria de un recurso de inconstitucionalidad no tiene fuerza de ley, pero sí produce efectos de cosa juzgada. Sobre el problema, *vid. infra*, VI.

(64) FLUME: *Richter und Recht*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München, etc., II, pp. 27 y ss. HENKE: *Verfassung, Gesetz und Richter (Das Normenkontrollverfahren)*, Der Staat, 1964, pp. 27 y ss. KRÜGER: *Staatslehre*, cit., p. 708. En contra, FRIESENHAHN: *Inhalt und Wirkungen...*, cit., pp. 690 y ss. *Vid.* la nota 60.

todo acierto precisa VOGEL (65), esta cuestión no puede ser en la actualidad replanteada. La consideración esencial del Tribunal Constitucional como un auténtico Tribunal, al que la norma fundamental atribuye la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, determina sin más que sus decisiones sean auténticas decisiones jurisdiccionales, sentencias.

El punto de partida está, pues, claro: las sentencias del Tribunal Constitucional, en cuanto decisiones de un auténtico Tribunal, adquieren fuerza de cosa juzgada con independencia del procedimiento en el que recaigan y de que tal precisión no se encuentra explícitamente recogida en la GG ni en el texto de la BVerfGG (66).

Sin embargo, para un sector absolutamente mayoritario de la doctrina, esto sólo no es suficiente para caracterizar correctamente los efectos que las sentencias constitucionales deben desplegar y las finalidades que deben cubrir. Las peculiaridades de la posición jurídica del Tribunal, que lo colocan, aun sin merma ninguna de su carácter estrictamente jurisdiccional, en una particular situación, en un diferente plano al del juez ordinario, se manifiestan de un modo especial desde el punto de vista de los efectos de sus decisiones, entendiéndose que éstas deben desplegar otros y más amplios efectos que los conocidos de la cosa juzgada para cumplir adecuada y equilibradamente las funciones que le son propias y concretamente *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft*. Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan, en efecto, a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, a todos los Tribunales y a todas las autoridades administrativas (parágrafo 31,1, BVerfGG), hayan intervenido o no en el proceso, y en algunos supuestos tienen además *fuerza de ley* (parágrafo 31,2, BVerfGG). La determinación del significado concreto de estas categorías no es, sin embargo, fácil ni completamente uniforme, aunque puede constatarse, por lo menos, por lo que se refiere a la caracterización del concepto de «vinculación», a que inmediatamente nos referimos, una cierta comunidad de pensamiento al respecto.

(65) VOGEL, *op. cit.*, p. 605.

(66) En el caso del Derecho español, y sobre lo ya dicho, estos planteamientos arrojan una conclusión insoslayable: al ser la propia Constitución la que señala que las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional producen el efecto de cosa juzgada, se está afirmando claramente que son decisiones de un auténtico Tribunal y relativizando, por tanto, la separación del mismo de los órganos del poder judicial. De un modo inverso al seguido por el Derecho alemán, se afirma lo mismo: el Tribunal Constitucional, como el más alto órgano jurisdiccional del Estado, cuyas sentencias son auténticas sentencias judiciales.

V. LA VINCULACIÓN DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) *La caracterización del concepto de «vinculación»*

La afirmación de la vinculación de las decisiones constitucionales a los órganos e instituciones a que se refiere el parágrafo 31.1 BVerfGG, esto es, más allá del caso concreto, más allá de las partes que intervienen en el proceso, no es otra cosa que una manifestación concreta —aquí diferente de la que da lugar a la cosa juzgada— del juego bipolar entre aquellos principios de seguridad jurídica a que nos referíamos más arriba —y que las sentencias constitucionales deben en todo caso asegurar—, y la necesidad de que ello no conduzca al establecimiento de un rígido sistema de precedente que impida que el Tribunal Constitucional pueda ir adaptando sus soluciones interpretativas, la propia Constitución, en definitiva, a la realidad en constante cambio.

No basta, en efecto, de una parte; no es suficiente para que el Tribunal Constitucional pueda cumplir con la función de interpretar definitivamente la norma fundamental y garantizar, en consecuencia, la seguridad y la paz jurídicas, con la atribución a sus decisiones de los solos efectos de la cosa juzgada convencionalmente atendidos, por lo que se hace absolutamente necesario, para asegurar aquella finalidad, adjuntar a las mismas una eficacia superior a la que representa aquel instituto (67) y ésta es justamente la que señala el ya

(67) RUPP, *op. cit.*, p. 405. GZIGER (*Die Grenzen der Bindung...*, cit., páginas 1057-58), con una construcción más acabada, y partiendo de la concepción del Estado como una persona jurídica única, en cuyo contexto el proceso constitucional es puramente una ficción que se justifica en la necesidad que el Estado tiene de atribuir a un órgano del mismo la función de determinar lo que es constitucional o no —y a lo que los demás órganos del Estado deben inevitablemente acomodarse—, afirma que la esencia del proceso constitucional es radicalmente distinta a la de los procesos civiles o contenciosos, y, por tanto, precisamente por esa misión atribuida al Tribunal Constitucional de decidir definitivamente lo que el Estado quiere, los efectos de sus decisiones no pueden ser comparados a los de las sentencias de los demás Tribunales. En el proceso civil, el Estado, como «señor de la jurisdicción» (*Herr der Gerichtsbarkeit*), decide con carácter general sobre pretensiones que le son ajenas, y en presencia de partes que son portadoras de derechos propios. La situación en el proceso constitucional es completamente diferente, y su propia existencia sólo es posible como consecuencia de una ficción jurídica, porque, ejemplificando con las contiendas entre órganos (*Organstreitigkeiten*), todas las manifestaciones de los diversos órganos, especialmente de los constitucionales, son manifestaciones de un único, en esencia inseparable, poder del Estado; manifestaciones, en defi-

citado párrafo 31,1, BVerfGG: «Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, a todos los Tribunales y a todas las autoridades administrativas.» Estos efectos de vinculación deben ser claramente distinguidos, en cuanto que su naturaleza es distinta de los propios de la cosa juzgada (68), con los que no deben confundirse y a los que superponen sin sustituirlos (69).

El proceso de elaboración doctrinal y jurisprudencial de la categoría *Bindungswirkung* ha conducido a considerar que el despliegue de esta especial forma de obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, y frente a la conocida eficacia de la cosa juzgada material con la concreción de su obligatoriedad a las partes que han intervenido en el proceso —y a los jueces— en relación con un mismo objeto, así como la restricción de su autoridad exclusivamente al tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia se extiende, por el contrario, más allá del caso concreto decidido (70), vinculando en todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, Tribuna-

nitiva, de una y de la misma persona jurídica Estado. Por ello, no es posible una contienda del Estado consigo mismo, de modo que, para posibilitar el proceso, la ley otorga a determinados órganos capacidad procesal y finge una relación jurídica, sobre cuya existencia y contenido debe discutirse y ser judicialmente decidido. Se actúa como si existieran diversos titulares con derechos propios y como si estas «partes» estuvieran frente al Estado como tenedor de la *Gerichtshoheit*, pero, en realidad, es la única persona jurídica Estado y el único poder del Estado el que demanda, es demandado y juzga. El proceso constitucional no es sino un autocontrol del Estado sobre la juridicidad de sus propias manifestaciones soberanas. La idea es, pues, que «el Estado, que habla por muchas bocas» (*der durch viele Munde redende Staat*), no puede, sin contradecirse a sí mismo, manifestarse más que en un único sentido, y, atribuida a un órgano constitucional la determinación del alcance del pensamiento del Estado, deben los demás órganos acomodarse sin más a estas manifestaciones, ser vinculados a las mismas. Y ello no porque una determinada disposición legal otorgue a esa decisión «fuerza de cosa juzgada», en interés de la seguridad jurídica, sino porque la propia cualidad de la relación, la unidad del Estado y del poder del Estado, en este sentido consecuencia de la naturaleza de las cosas, fundamenta la necesidad jurídica de la atención de todos los demás órganos a las manifestaciones del Tribunal Constitucional y la vinculación de los órganos del Estado al contenido de sus sentencias.

En el sentido de GEIGER, por ejemplo, LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., pp. 97 y ss. MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 31, 5.

(68) GEIGER, *op. cit.*, p. 1058. LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, loc. cit.

(69) MAUNZ, *op. cit.*, 31, 15: «Die formelle Rechtskraft, die materielle Rechtskraft und die Bindungswirkung kommen den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nebeneinander (kumulativ) zu; keine Wirkung ist identisch mit den anderen und keine verdrängt die andere».

(70) «Über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung». RUPP, *op. cit.*, loc. cit. En el mismo sentido, con abundantes citas jurisprudenciales, LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, loc. cit.

les (71) y autoridades —es decir, más allá de las partes que intervienen en el proceso— (72), alcanzando la sentencia asimismo no sólo al tenor literal del fallo, sino también —en función de los especiales fines creadores de paz y seguridad jurídicas que el Tribunal tiene que cumplir— a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo (*die tragenden Gründe*) —no todas, por consiguiente— y en la medida en que de otro modo no podría ser en absoluto claramente proporcionado lo que el Tribunal ha decidido y lo que, por tanto, debe ser vinculante (73).

Ello no obstante, de otra parte, y sobre la base de la estimación de la necesidad de no congelar los desarrollos constitucionales futuros, resultado que sería inevitab'e si el órgano juzgador estuviera también del mismo modo ligado a sus propias resoluciones, se entiende que el Tribunal Constitucional no queda vinculado, con el alcance señalado, a sus propias sentencias (74), que si bien impedirían al resto de los ór-

(71) Vinculación que no afectaría en absoluto a la independencia del poder judicial, porque se trata, como se ha observado, de vinculación de Tribunales a otro Tribunal, no de injerencia de poderes extraños. Cfr., MAUNZ, *op. cit.*, 31, 22 y la bibliografía y jurisprudencia constitucional que cita.

(72) MAUNZ, *op. cit.*, núm. marginal 15 al comentario del párrafo 31, señala que uno de los efectos de la *Bindungswirkung* que no se contienen en los de cosa juzgada es justamente esta extensión subjetiva. Otro dato diferenciador sería, según MAUNZ, el hecho de que la cosa juzgada tendría solamente efectos procesales, mientras que la vinculación, por el contrario, jurídico-materiales. Esto, sin embargo, no se sostiene, como es evidente, en la actualidad. Cfr. VOGEL, *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 598. Esta extensión subjetiva de la cosa juzgada, a que nos referimos en el texto, es una de sus características esenciales, en opinión de la mayor parte de la doctrina. Cfr., por ej., SCHEUNER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen*, DöV 1954, p. 644. SCHNEIDER, *Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl 1954, pp. 184 y ss. KADENBACH, *Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 80, 1955, p. 411. RUPP, *op. cit.*, p. 476. ENDEMANN: *Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde*, Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, páginas 23 y ss. MAUNZ, *op. cit.*, 31, 19, etc.

(73) GEIGER, *op. cit.*, pp. 1058 y ss., *passim*. Con anterioridad, había formulado su tesis, hoy ampliamente generalizada, en GEIGER, *Die Beziehungen zwischen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und der übrigen Gerichtsbarkeit im Bunde auf Grund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, DRiZ 1951, pp. 172 y ss. En el mismo sentido, RUPP, *op. cit.*, p. 406. ENDEMANN, *op. cit.*, pp. 24 y ss. LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, pp. 98 y ss. MAUNZ, *op. cit.*, 31, 16 (que define las *tragende Gründe*—expresión que podría perfectamente traducirse, como me ha indicado GARCÍA DE ENTERRÍA, por *ratio decidendi*—como «aquella parte de la fundamentación de la decisión de la que no puede prescindirse en la deducción del Tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie»), etc.

(74) Cfr. KRIELE: *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, NJW 1978, p. 778, recogiendo en el sentido del texto las afirmaciones del Tribunal Constitucional, en contra de sus propias tesis.

ganos constitucionales, Tribunales y autoridades administrativas apartarse de lo en ellas establecido, no prohibirían, por el contrario, al propio Tribunal separarse de sus anteriores opiniones vinculantes —si bien respetando siempre los convencionales efectos de cosa juzgada producidos—, colocando en lugar del anterior punto de vista otro mejor, a su vez vinculante para aquellos órganos y autoridades (75), justamente para no eliminar la posibilidad de desarrollo de nuevos planteamientos constitucionales (76).

Como se ha notado, puede fácilmente observarse en el esquema de la *Bindungswirkung* expuesto un modo concreto de tensión entre el juego —diverso que en los procesos ordinarios— del principio de seguridad jurídica, que postula la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia más allá del estrecho círculo de las partes, así como la necesidad de que los órganos vinculados lo sean para los casos futuros no sólo a tenor del fallo, sino también a ciertas consideraciones jurídicas de los considerandos que hayan sido decisivas para el mismo y la necesidad de dejar abierta una vía para que el Tribunal Constitucional pueda ir adaptando flexiblemente la interpretación constitucional a las necesidades emergentes por medio de su no vinculación a sus propias decisiones más allá de los estrechos límites de la autoridad de cosa juzgada, que, entendida en su sentido tradicional, puede permitirle una muy amplia libertad de movimientos (77).

(75) GEIGER, *op. cit.*, p. 1058. RUPP, *op. cit.*, pp. 412-413. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit...*, cit., p. 105, con anterioridad. LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *ob. cit.*, página 100. MAUNZ, *op. cit.*, 31, 20. Pero en todo caso, y ello es importante, el Tribunal Constitucional, que puede apartarse de sus decisiones anteriores, aunque se trate incluso de opiniones que hayan sido *tragend* para la resolución del caso anterior (LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, *loc. cit.*, recogiendo doctrina jurisprudencial: «Das Gericht kann seine in einer früheren Entscheidung vertretenen Rechtsauffassungen aufgeben, auch soweit sie für die damalige Entscheidung tragend waren. Ein Senat ist nur genötigt, das Plenum anzurufen, wenn er von der Rechtsauffassung abweichen will, die eine Entscheidung des anderen Senats trägt»), debe atender los efectos de cosa juzgada de sus anteriores sentencias, reducidos, según la doctrina más extendida, solamente al tenor del fallo. Se trata, pues, como se indica en el texto, de que los mayores efectos objetivos de las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los demás órganos constitucionales, Tribunales y autoridades, pero no al Tribunal Constitucional, que, no obstante, y en cuanto auténtico Tribunal, tiene que respetar, en todo caso, la autoridad de cosa juzgada de sus propias decisiones, efectos éstos, por lo demás, que no se extenderían a la *ratio decidendi*.

(76) RUPP, *op. cit.*, p. 421, aunque, añade, debe exigírsele al Tribunal la protección de una cierta continuidad en su jurisprudencia porque sólo a su través puede garantizarse la seguridad jurídica.

(77) *Vid. supra*, II, B.

B) *La «ratio decidendi»*

Tal vez, de los efectos que al concepto de «vinculación» de las sentencias del Tribunal Constitucional se le adjuntan como diferenciadores del de cosa juzgada o simplemente como mero elemento integrante del mismo, el más notable y, desde luego, el más chocante entre nosotros es que la obligatoriedad de tales decisiones constitucionales alcanza no sólo a la parte dispositiva, al fallo de la sentencia, sino, más allá, también a lo que la generalidad de la doctrina alemana llama *tragende Gründe* (78), que equivale a decir que los órganos constitucionales, Tribunales y autoridades se encuentran vinculados asimismo a los motivos, a las razones que han dado lugar, que han sido especialmente relevantes para la adopción de la decisión concreta y cuya delimitación, que se aborda en seguida, no resulta fácil, aunque haya que decir que la idea que le sirve de soporte resulta plenamente aceptable.

Diversos son los razonamientos que la doctrina ha utilizado para justificar la producción de este efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional, pero fundamentalmente se ha señalado (79) que función del Tribunal es la interpretación de los principios de la Constitución, en relación con lo cual el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que la hace posible (80), y frente a cuya correcta interpretación y a su futura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, el concreto conflicto planteado posee, sin duda, una menor significación, lo que, en todo caso, obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales, mayor que al mero pronunciamiento del fallo (81). Por lo demás, la limitación de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional al mero fallo, establecido en el parágrafo 31, BVerfGG, no conduciría sino a que el más alto órgano jurisdiccional tuviera que reflexionar en cada una de las sentencias adoptadas sobre si la cuestión consti-

(78) La posibilidad de que la fuerza obligatoria de una sentencia —aunque restringida al concepto de cosa juzgada— despliegue sus efectos sobre algo más que no sea el fallo, es excluida en la doctrina española. Cfr., por todos, GUASP. Ello no obstante, en mi opinión, esta idea es enormemente operativa.

(79) GEIGER, *op. cit.*, pp. 1058-1060, sobre cuyas afirmaciones se apoya la doctrina.

(80) Señala GEIGER, al respecto, que precisamente el artículo 93, 1, 1 GG indica que el Tribunal Constitucional decide «über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten» —sobre la interpretación de esta Ley Fundamental con motivo de litigios...— (*op. cit.*, p. 1058).

(81) GEIGER, *op. cit.*, *loc. cit.*

tucional que subyace al litigio concreto ha sido efectivamente decidida en el fallo y a que éste tuviera que enriquecerse en lo sucesivo con una larga serie de pronunciamientos adicionales al mismo. Pero parece evidente —y la experiencia así lo enseña— que resulta mucho más fácil, incluso para el propio Tribunal, interpretar en qué medida vinculan los razonamientos (*Gründe*) de la resolución en cuanto están precisamente ligados al fallo —dejando además con ello abierta la interpretación jurisprudencial—, que tratar de explicar el pronunciamiento de la parte dispositiva de una sentencia que siempre estará formulada en términos abstractos, de modo semejante a una norma jurídica (82).

Las *tragende Gründe* (la *ratio decidendi*) vendrían a ser «aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir por contraposición a los *obiter dicta*» (83), no extendiéndose, por tanto, la vinculación a todos los razonamientos, sino solamente a aquella parte de los mismos que es relevante para el fallo, es decir, que soporta la

(82) GEIGER, *op. cit.*, p. 1080.

(83) RUPP, *op. cit.*, p. 406. ENDEMANN, *Zur Bindungswirkung...*, cit., p. 25, se muestra dudoso de que esta extensión pueda efectuarse en el caso de la *Verfassungsbeschwerde*, habida cuenta de la existencia del parágrafo 95.1, frase 2.ª, BVerfGG (Este precepto señala: «Si se estima una *Verfassungsbeschwerde*, la sentencia debe declarar qué prescripción de la Ley Fundamental y por medio de qué acción u omisión ha sido violada. El Tribunal Constitucional puede asimismo declarar que toda repetición de la medida anterior viola la Ley Fundamental.» «Das Bundesverfassungsgericht kann zugleich aussprechen, dass auch jede Wiederholung der beanstandeten Massnahme das Grundgesetz verletzt»), pero señalando que los efectos prácticos de la cuestión no deben exagerarse, porque también en el caso de que sólo correspondiera al fallo el efecto de *Bindungswirkung*, éste habría de ser interpretado, para ser comprensible, a la vista de los considerandos (*Gründe*) de la sentencia, lo que, en definitiva, supone atribuir estos efectos a parte de los motivos. En el mismo sentido, con anterioridad, RUPP, *op. cit.*, página 405, nota 5. En el origen de esta corriente, ya había señalado GEIGER (*op. cit.*, p. 1059) que para la comprobación del alcance de la vinculación del fallo se necesita con toda frecuencia de su interpretación al hilo de los considerandos, siendo ello especialmente claro si lo que se comprueba es el alcance de la vinculación de un fallo desestimatorio. En el momento en que el fallo es interpretado por los considerandos, se incorporan parte de los considerandos en el fallo y, en esa medida, toman parte de la fuerza de cosa juzgada que le corresponde al fallo.

El valor que en todo caso tiene la prescripción, arriba indicada, del parágrafo 95.1 BVerfGG es, como ha señalado KRILE (Theorie der Rechtsgewinnung, cit., p. 302), que una tal decisión aclara qué medidas son concretamente las que resultan prohibidas a las partes intervinientes en el proceso, mientras que la general prohibición de medidas «idénticas» deja abiertos siempre problemas interpretativos y de valoración. VOGEL (*Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., p. 625) añade que, además, esta prohibición expresa de repetición que incorpora la norma citada (*Wiederholungsverbot*) tiene una importante significación psicopolítica.

decisión (84), de tal modo que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie (85).

A la vista de esta delimitación conceptual efectuada por la doctrina y la jurisprudencia, en la que no parece que debe insistirse más en este momento, es necesario destacar que se trata de una noción de perfiles bastante imprecisos, pero que en todo caso, en mi opinión —y puesto que al Tribunal Constitucional le corresponde interpretar la Constitución definitivamente, creando claridad y seguridad jurídicas—, responde a una idea certera, a una necesidad real, como es concretamente la de vincular la conducta futura de los órganos y personas que resulten afectados por la decisión constitucional, evitando que comportamientos declarados inconstitucionales puedan ser de nuevo por ellos reiterados o marcándolas con precisión cuáles son los caminos por los que su actuación puede discurrir en el marco de la Constitución. Sin duda, esto no podría hacerse si solamente les vinculara el estricto tenor del fallo constitucional (86).

Esta idea aparece muy clara, y en este sentido parece perfectamente válida, aunque con posterioridad, incluso en las mismas personas que la han elaborado, se haya visto desdibujada en la formulación inicial de este concepto efectuada por GEIGER (87), al utilizar los siguientes ejemplos: «Si el Tribunal Constitucional constata en un litigio, por ejemplo, que el cese de la relación jurídica funcional pronunciado como consecuencia del matrimonio de la recurrente es incompatible con el artículo 3 GG, el sentido de esta constatación (*Feststellung*) no es entonces solamente el hecho «concreto» —el despido de la recurrente—, sino también que cada situación (*Sachverhalt*) de la misma clase —este tipo de *Sachverhalt*— es inconstitucio-

(84) LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 98.

(85) GEIGER, *op. cit.*, p. 1060, añadiendo que no resulta aceptable discutir la *Bindungswirkung* de este modo conceptualmente expresada, con la indicación de que otras consideraciones jurídicas no utilizadas en absoluto por el Tribunal en sus razonamientos hubieran conducido al mismo resultado. El Tribunal Constitucional no debe decidir y expresar para su fundamentación más que aquello que sea necesario para la decisión del caso concreto. Dicho de otro modo, el Tribunal debe decidir en cada caso concreto con qué interpretación constitucional determinada quiere amparar el resultado alcanzado. Si no lo hace así, quiere ello decir que deja en libertad a los otros órganos constitucionales, Tribunales y Autoridades para adoptar sus propias resoluciones al respecto.

(86) Esto, en mi opinión, es absolutamente evidente: los fallos de las sentencias miran siempre al pasado, no al futuro.

(87) GEIGER, *Die Beziehungen...*, *cit.*, p. 173. A ello se refiere claramente la doctrina. Cfr., por todos, MAUNZ, *op. cit.*, 31, 16.

nal. La decisión vincula, por tanto, a los Tribunales no sólo a considerar a la recurrente, concretamente determinada en el recurso por su nombre como funcionaria, sino también a reconocer el principio jurídico de que una mujer funcionaria no puede ser separada del servicio a causa de su matrimonio.» O como señala en otro lugar (88): «En otro caso podría decir la sentencia que una medida concreta del Gobierno no está permitida, de acuerdo con el artículo X GG. Si hubiera de limitarse la fuerza de cosa juzgada (en realidad el efecto vinculante del parágrafo 31,1, BVerfGG, que debe distinguirse de la cosa juzgada) solamente a la comprobación efectuada en el fallo habría de considerarse entonces a la jurisdicción constitucional como puramente teórica y poco efectiva, porque una tal sentencia declarativa (*Feststellungsurteil*) no tendría en absoluto consecuencias jurídicas. Únicamente puede considerarse la sentencia plena de sentido jurídico-constitucional si de ella se sigue la consecuencia jurídicamente obligatoria de que el Gobierno está obligado en el futuro a eliminar la insuficiencia constitucional en el caso decidido y a discurrir en casos idénticos por el auténtico camino jurídico marcado por el Tribunal. Esta obligación jurídica sólo puede existir, sin embargo, si los motivos decidentes (*tragend*) de la sentencia son vinculantes» (89).

VI. FUERZA DE LEY DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES

Pero junto a la vinculación de todos los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, de los Tribunales y autoridades a las sentencias del Tribunal Constitucional, se reconoce a las mismas

(88) GEIGER, *Die Grenzen...*, cit., p. 1058.

(89) El sentido preciso que únicamente puede tener esta extensión de la vinculación más allá del mero tenor literal del fallo es justamente, como se dice en el texto, el de la prohibición de repetición de medidas, aunque el propio GEIGER no limita su concepto a ello. Como señala VOGEL (*op. cit.*, p. 602), no resulta aceptable porque supondría poner en cuestión la capacidad de cambio de la Constitución: una vinculación de las sentencias más allá de lo necesario para la eliminación del concreto litigio constitucional planteado, conduciría efectivamente a este resultado. VOGEL (*op. cit.*, esp., pp. 589 y ss.) propone, en sustitución del impreciso concepto de las *tragenden Gründe*, lo que él llama la *konkrete Entscheidungsnorm*: aquella afirmación jurídica (*Rechtsannahme*) formulada de tal modo general, que de ella se desprende, fuera de la concreta decisión adoptada, una decisión igual en casos de la misma clase («diejenige dem Ausspruch im Tenor zugrundeliegende Rechtsannahme, die gerado so allgemein formuliert ist, dass sich aus ihr ausser der konkret getroffenen Entscheidung noch eine überein stimmende Entscheidung in gleichartigen Fällen ergibt»).

además en los casos señalados en el párrafo segundo del párrafo 31, BVerfGG, como ya hemos notado, «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*) (90).

Esta cuestión de la atribución de fuerza de ley a las sentencias del Tribunal Constitucional es antigua en Alemania, hundiendo sus raíces en aquella opinión ya señalada, que trataba de ver en el control de normas, en el juicio de constitucionalidad de las leyes, ejercicio no de función jurisdiccional, sino de actividad legislativa y entendiéndose correctamente la expresión «fuerza de ley» en un sentido estrictamente literal, como la fuerza o el vigor propio de las leyes ante la carencia en la época de la potestad judicial de enjuiciamiento previo de las leyes (91).

El significado que en la actualidad con carácter general se atribuye a este concepto, que se pone en relación con el de «vinculación» y del que pretende distinguirse, es esencialmente que la fuerza de ley supone «un reforzamiento de la vinculación» (*eine weitere Steigerung der Bindung*) (92): mientras la noción de vinculación a las sentencias constitucionales extiende sus efectos a todos los órganos constitucionales, autoridades y Tribunales, la fuerza de ley se extendería no sólo como aquella al Estado y a sus órganos, sino, más allá, también a todos, personas físicas y jurídicas que podrían invocar a su favor estas decisiones y a todos obligarían produciendo directamente para todos derechos y obligaciones (93), puesto que todos están obligados por las leyes, no solamente las partes intervinientes en el pro-

(90) La influencia de esta construcción es perfectamente reconocible en nuestro Derecho: así, el artículo 164 de la Constitución cuando se refiere a que tienen «plenos efectos frente a todos» las sentencias que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, o la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando señala, en el artículo 38,1 que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. La semejanza de la cuestión es puesta de relieve por GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., p. 158.

(91) *Vid. infra*.

(92) Por todos, MAUNZ en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 31, 28.

(93) LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 101: «Gesetzeskraft bedeutet, dass die Feststellung der (teilweisen) Nichtigkeit oder Gültigkeit der betreffenden Normen nicht nur den Staat und seine Behörden, sondern jedermann, der von den betreffenden Norm rechtlich betroffen wird, ipso iure, das heisst unmittelbar, berechtigt und verpflichtet. Diese Wirkung gegenüber natürlichen und juristischen Personen ausserhalb der Sphäre des Staates geht über die Bindungskraft nach § 31 Abs. 1 hinaus». RUPP, *op. cit.*, p. 409: «Diese Entscheidungen sind daher für jedermann, auch für den Bürger unmittelbar bindend». MAUNZ, *op. cit.*, 31, 37, en el mismo sentido.

ceso, como ocurre con la cosa juzgada o los órganos del Estado, como sucede con los efectos de vinculación (94).

Esta idea de la fuerza de ley que se adjunta a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes no quiere decir, sin embargo, en la doctrina que puede considerarse dominante (95), que sus efectos sean exactamente los mismos que los de las leyes, los propios de éstas, sino que, por el contrario, serían «semejantes» a aquéllos porque una sentencia del Tribunal Constitucional no puede considerarse ni como una ley en sentido formal —no es un acto del legislativo— ni en sentido material —no crea normas jurídicas, limitándose, por el contrario, a enjuiciarlas—. Su característica esencial sería la de la «semejanza de ley» (*Gesetzesähnlichkeit*), pero permaneciendo en todo caso como sentencia (96), consistiría en su vinculación general (*Allgemeinverbindlichkeit*) más allá de lo que han sido partes en el correspondiente proceso y sus causahabientes, así como también más allá del círculo de los órganos y Tribunales que resultan afectados por la *Bindungswirkung*. Se trataría en definitiva en el pensamiento mayoritario de una vinculación a favor y en contra de todos, habiéndose incluso indicado que la expresa afirmación de esta eficacia, en vez de la utilización de la expresión *Gesetzeskraft*, hubiera evitado los múltiples equívocos que en este último término viene suscitando (97), lo que no puede, desde luego, aceptarse, como en seguida veremos.

Esta vinculación *inter omnes* de las sentencias constitucionales en los procesos de control de normas afectaría también al propio Tribunal Constitucional —en la opinión más generalizada, incluso el mismo BVerfGG— y no únicamente cuando en estos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de leyes aquél declara la nulidad de pleno derecho, *ex tunc*, de una ley —que lógicamente no puede volver a ser revivida—, sino además incluso cuando afirma la cons-

(94) MAUNZ, en el lugar citado en la nota anterior, señala: «Subjektiv bedeutet Gesetzeskraft Verbindlichkeit für alle (Allgemeinverbindlichkeit), nicht nur für die Verfahrensbeteiligten wie bei der Rechtskraft und nicht nur für alle Staatsorgane wie bei der Bindungswirkung. Alle Gesetzesunterworfenen werden von der Gesetzeskraft unmittelbar erfasst».

(95) Cfr. MAUNZ, *op. cit.*, 31, 28.

(96) LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 100, recogiendo jurisprudencia. LANGE, *Rechtskraft, Bindungswirkung...*, cit., p. 6.

(97) MAUNZ, *op. cit.*, *loc. cit.*, que extrae como consecuencias de esta «semejanza de ley» que precisamente por esta semejanza, no identidad, no es posible la interposición de Verfassungsbeschwerden contra las mismas, ni tampoco es posible que el propio Tribunal pueda eliminarlas, como en cualquier momento puede hacer el legislador con las leyes que él mismo ha emitido (*op. cit.*, 31, 30).

titucionalidad, la conformidad con el ordenamiento constitucional, de la norma enjuiciada (98). Estamos, pues, ante el planteamiento de la cuestión decisiva de si las sentencias que declaran la constitucionalidad de una ley, esto es, las decisiones que desestiman lo que, entre nosotros, la Ley Organica del Tribunal Constitucional llama recurso o cuestión de inconstitucionalidad, adquieren también estos efectos «semejantes a la ley», *erga omnes* —lo que no se discute para las sentencias que declaran la nulidad de la ley (99)—, resolviéndose, como se observa, afirmativamente con la consecuencia de que la ley de este modo confirmada no podría volver a ser de nuevo examinada por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio, naturalmente, de que el legislador pudiera en cualquier momento derogarla o modificarla. Para la generalidad de la doctrina alemana, pues, las sentencias confirmatorias de la constitucionalidad de una ley, como consecuencia de entender del modo indicado la idea «fuerza de ley», adquieren también efectos frente a todos, con lo que la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento de la misma ley confirmada, permaneciendo con el mismo contenido la norma constitucional, debe quedar excluida (100), impidiéndose así que esa ley pueda ser declarada en un momento posterior inconstitucional (101).

(98) MAUNZ, *op. cit.*, 31, 33 y 42, señalando en este último lugar, tratando de adelantarse a las críticas que la doctrina más lúcida efectúa a este planteamiento, que en ningún caso la norma confirmada como constitucional adquiriría este rango constitucional al permanecer con el mismo que anteriormente poseía. LEIBHOLZ/RUPPRECHT, *op. cit.*, p. 101. RUPP, *op. cit.*, p. 414.

(99) En las que ocurre lo mismo que las que declaran la nulidad de disposiciones reglamentarias, en virtud de la existencia de una regla común en los procesos contra normas, que determina que tales sentencias que declaran la nulidad de normas tienen plenos efectos frente a todos. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, p. 204.

(100) Por todos, MAUNZ, *op. cit.*, 31, 42.

(101) Señala RUPP, *op. cit.*, p. 414, que si bien podría suponerse que a petición de un demandante distinto del primero, podría el Tribunal Constitucional declarar nula la ley previamente afirmada como constitucional—en cuanto no jugarían para él los efectos de cosa juzgada—, es lo cierto que al tener también estas sentencias fuerza de ley, el Tribunal enjuicia la ley desde todos los puntos de vista posibles (en este sentido Cfr. también SÖHN, *Die abstrakte Normenkontrolle*, cit., p. 317), no sólo desde los invocados por el demandante o propuestos por el Tribunal que plantea el recurso indirecto, de donde se deriva que no es posible aceptar nuevas posiciones, nuevos argumentos constitucionales contra la ley confirmada, y no permitiéndose, por tanto, nuevas demandas que permitan reexaminar la cuestión ya debatida desde todas las perspectivas posibles, mientras no cambie la situación de hecho. Por todos, BETTERMAN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, en «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», cit., p. 368. Entre nosotros, por ejemplo, ALMAGRO, *Justicia Constitucional*, cit., página 172.

Las críticas, sin embargo, a esta descripción de los efectos de fuerza de ley de las sentencias del Tribunal Constitucional no se han hecho esperar, más extendidas en relación con su configuración como un «reforzamiento de la vinculación», menos frecuentes, pero más certeras, por lo que se refiere al aspecto últimamente indicado, de la imposibilidad de apertura de un nuevo proceso que permita declarar nula una ley que previamente ha sido declarada como conforme con la norma fundamental por el Tribunal Constitucional.

Así, de una parte, se ha afirmado que, en realidad, los efectos de vinculación y de fuerza de ley, pese a la afirmación de que aquéllos poseen una menor virtualidad, vienen a ser prácticamente equiparables, porque la indicación de que la *Bindungswirkung*, a diferencia de la *Gesetzeskraft*, no comprende a todos los ciudadanos, no supone decir mucho, puesto que podría preguntarse: ¿en qué beneficia al ciudadano no tener que acatar una decisión del Tribunal Constitucional si los demás Tribunales y autoridades están obligados a acatarlas? (102).

Pero prescindiendo de este asunto, es lo cierto, por otra parte, que no resulta aceptable, en mi opinión, la tesis expuesta de la consideración del concepto de «fuerza de ley» como equivalente a efectos *inter omnes*, ni su consecuencia de la atribución de tales efectos a las sentencias constitucionales confirmatorias de la regularidad de las leyes. En primer lugar, porque la expresión «fuerza de ley» no puede ser entendida de otro modo que en un sentido rigurosamente literal, y éste es justamente su sentido histórico originario, si no se quiere caer en el arbitrio de atribuir a un concepto el contenido que uno quiere, y así entendida, no permite ciertamente concluir que la ley confirmada por una sentencia constitucional no pueda ser posteriormente declarada nula. Y en segundo lugar, porque, en realidad, la atribución de efectos *erga omnes* a sentencia confirmatoria de la constitucionalidad de una ley supone no otorgarla fuerza de ley, sino, nada menos que *fuerza constitucional*, como la doctrina más autorizada ha tenido ocasión de notar (103):

(102) ENDEMANN, *Bindungswirkung...*, cit., pp. 23 y 27. En el mismo sentido SPANNER, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1972, p. 52. También SCHEUNER, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 645, señalando que la conexión entre los apartados 1 y 2 del parágrafo 31 BVerfGG no ha sido pensada de modo consecuente y que por ello el apartado 2 permanece «funcionando en vacío» (*leerlaufend*). Cfr. VOGEL, *op. cit.*, p. 611.

(103) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, pp. 153 y ss. VOGEL, *Rechtskraft und Gesetzeskraft...*, cit., pp. 612-613, cuya opinión se sigue a continuación. Ante esta conclusión, el propio MAUNZ, como hemos visto, se preocupa de señalar que la norma confirmada no tendría nunca valor constitucional, pero sin argumentos.

En el momento en el que el concepto de *Gesetzeskraft* surge en Alemania (104), y en la medida en que la jurisprudencia no había reconocido aún a los jueces el *richterliches Prüfungsrecht*, la potestad de enjuiciamiento previo de las leyes (105) bajo el influjo de la *Ausfertigungslehre* de LABAND, y el examen, el juicio de constitucionalidad (*Reichsverfassungsmässigkeit*) de las sentencias «con fuerza de ley» —como de las leyes— no podía ser efectuado por ninguna instancia judicial, está claro que la «fuerza de ley» de una sentencia producía los mismos efectos que los de la cosa juzgada actuando *inter omnes*, puesto que también una sentencia *inconstitucional* de estas características, en ausencia de una *richterliche Prüfungszuständigkeit*, era vinculante en favor y en contra de todos, discutiéndose únicamente si el propio Tribunal no podría —como el legislador sus leyes— derogar o eliminar sus propias decisiones con fuerza de ley (106). Pero esta situación originaria, este discurrir juntos de la fuerza de ley en sentido literal y la fuerza de cosa juzgada material con efectos *erga omnes*, quiebra radicalmente en el momento mismo en que se reconoce con carácter general a los jueces la potestad de enjuiciamiento previo de las leyes, esto es, cuando se impone la opinión de que la ley inconstitucional —y, por tanto, también la sentencia con fuerza de ley— debe ser tratada, en aplicación de los principios dominantes, como nula *ex tunc*. Es evidente que a partir de este momento, la atribución de una «protección de la estabilidad»

(104) Y lo hace, por primera vez, en el párrafo 3, apartado 3, de la Ley de 8 de abril de 1920, de ejecución del artículo 13.2 de la Constitución de Weimar. (El artículo 13 de la Constitución de Weimar señalaba: «El Derecho del *Reich* prevalece sobre el de los Estados.

Si existen dudas o diferencias de opinión sobre si una prescripción de los Estados es compatible con el Derecho del *Reich*, puede la autoridad del *Reich* o de los Estados competentes, según las prescripciones de una Ley del *Reich*, pedir la decisión del más alto Tribunal del *Reich*.» —Reichsrecht bricht Landesrecht. Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs— oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshof des Reichs anrufen»). Se trataba de determinar la compatibilidad del *Landesrecht* con el *Reichsrecht*, que por medio de aquella Ley fue atribuido al *Reichsgericht*. *Gesetzeskraft* era, por consiguiente, en conexión con el artículo 13,2 citado del texto constitucional de Weimar, fuerza de ley del *Reich* frente a fuerza de ley del *Land* (*Reichsgesetzeskraft gegenüber einem Landesgesetz*). Cfr. VOGEL, *op. cit.*, p. 612.

(105) En términos de GARCÍA DE ENTERRÍA. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...* cit., p. 98. Richterliches Prüfungsrecht, materielle Prüfungszuständigkeit, en la terminología alemana, que siempre es positiva de constitucionalidad, reservándose el monopolio de rechazo (*Verwerfungsmonopol*) el Tribunal Constitucional.

(106) VOGEL, *op. cit.*, p. 612.

(*Bestandschutz*) *inter omnes*, también para las sentencias que *confirman* la constitucionalidad de las leyes, ya no sería fuerza de ley, sería algo más, cabalmente atribuir a estas sentencias *fuerza constitucional* (107), al prohibírsele al Tribunal Constitucional examinar en el futuro su regularidad constitucional, confirmándose esas leyes indefinidamente y creando un ámbito exento a la potestad básica de aquél de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes en todo tiempo, como si se tratara de la Constitución misma.

Entendido el concepto de fuerza de ley en el sentido de la «fuerza» propia de las leyes, como era su sentido original, es evidente, por otra parte, que, en aplicación de los principios generales dominantes en la teoría de las nulidades (108) solamente un muy modesto reforzamiento de la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional puede representar. Únicamente, en efecto, aquella sentencia que declara inconstitucional, nula de pleno derecho, una ley que no lo es, que está ajustada en realidad al Ordenamiento constitucional, puede producir un específico y propio efecto jurídico no comprendido entre los que resultan de aplicar los principios de la teoría de las nulidades, concretamente su eliminación, en cuanto una ley que elimina a otra anterior es, con carácter general, igualmente ajustada a la Constitución y por consiguiente igualmente válida. Ningún efecto nuevo se produce, obviamente, en el caso de que la sentencia elimine una ley que realmente es inconstitucional porque, en este caso, la

(107) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.* GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, página 154.

(108) Esto es, nulidad de pleno derecho de las leyes inconstitucionales, *ipso iure*, efectos *ex tunc*, sentencias con mero carácter declarativo, no constitutivo. En este sentido se manifiesta la práctica totalidad de la doctrina. Las excepciones más notables a esta generalizada opinión son las de BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidrige Gesetze*, Berlín, 1966, y SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Darmstadt, 1974. Una reciente exposición del tema, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede verse en MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977. Por lo que se refiere al Derecho español, la conclusión es la misma. Así, claramente lo señala el artículo 39.1 de la LOTC: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...» Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, p. 158, en el mismo sentido. Esta redacción plantea, por otra parte, el problema de que parece que el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional ante una ley inconstitucional debe ser el de declarar la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad. Sin embargo, la experiencia de otros países, y concretamente la de la República Federal de Alemania, muestra cómo en la práctica esto no resulta así de sencillo, buscándose fórmulas diversas que impidan el juego automático de inconstitucionalidad-nulidad, habiéndose incluso reflejado esta situación en la modificación efectuada en el parágrafo 31.2 BVerfGG, que inicialmente establecía esta equivalencia.

sentencia se limita exclusivamente a comprobar algo —como sentencia declarativa—, la nulidad de pleno derecho, que ya viene dado por la propia Constitución, por el propio Ordenamiento. Mucho menos, por supuesto, y éste es un punto decisivo, puede tener en ningún caso un efecto específico y propio, que añada algo a la norma enjuiciada, aquella sentencia que se limita a confirmar la constitucionalidad de una ley: si la sentencia con fuerza de ley confirma la constitucionalidad de una ley que realmente lo es, no adjunta al valor de ésta absolutamente nada nuevo: entra en vigor junto a ella, y esto es, sencillamente, todo. Si, por el contrario, la sentencia confirmatoria ratifica la constitucionalidad de una ley que es realmente inconstitucional, tampoco, desde luego, le añade nada; antes bien, por el juego de los principios propios del sistema, ella misma debe ser tratada como inconstitucional y, en consecuencia, como nula de pleno derecho (109).

La «fuerza de ley» de las sentencias constitucionales, como se observa, no puede corresponder más que a aquellas sentencias que eliminan la norma legal enjuiciada, pero no a aquellas que confirman su constitucionalidad, disponiendo solamente las primeras, por tanto, de una mayor «protección de estabilidad» frente a las sentencias constitucionales dictadas en otros procedimientos que no sean de control de normas, concretamente, su vinculación con efectos a favor y en contra de todos (110). Y es que, como ha señalado IPSSEN (111), la *Gesetzeskraft* sólo puede tener efectos eliminadores (*abbauend*), no constructores (*aufbauend*), porque el Tribunal Constitucional no es en modo alguno legislador, «dador de leyes» (*Gesetzgeber*), sino solamente «destructor de leyes» (*Gesetzvernichter*).

Entender de otro modo el concepto de fuerza de ley de las sentencias constitucionales, comprenderlo de tal manera que permita extender su eficacia a favor y en contra de todos, también a las decisiones confirmatorias de la constitucionalidad de las leyes, impidiendo, incluso a los que no han sido partes en el correspondiente procedimiento ni han tenido ocasión de serlo, la posibilidad de demostrar que la sentencia es errónea, que la ley confirmada es auténticamente inconstitucional y, por tanto, nula de pleno derecho, supone no sólo

(109) VOGEL, *op. cit.*, pp. 611-612.

(110) Como si hubiera sido una ley la que hubiese comprobado la inconstitucionalidad. Cfr. VOGEL, *op. cit.*, p. 613.

(111) IPSSEN: *Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Deutschen Landesreferate zum III Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1955; Berlín, etc., 1950, IV, p. 815, cit. por VOGEL, *op. cit.*, p. 614.

la violación radical de los principios que presiden el sistema facilitando la convalidación prohibida de una nulidad radical (112), sino también, y sobre todo, como se ha indicado, la atribución a esas sentencias, no fuerza de ley, sino pura y simplemente fuerza constitucional (113), consecuencia ésta ante la que, como señala VOGEL (114), retroceden incluso aquellos autores que quisieran introducir tal garantía de estabilidad (*Bestandgewähr*) en las sentencias confirmatorias (115).

(112) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., I, p. 154.

(113) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, *loc. cit.*; VOGEL, *op. cit.*, p. 613, que precisa que por ello la atribución de una tal *Bestandschutz* a las sentencias confirmatorias del Tribunal Constitucional no está cubierta por el artículo 94.2 GG. La extensión, no obstante, también a las sentencias confirmatorias de aquellos efectos por el parágrafo 31.2 BVerfGG (a lo que se oponen ARNDT, «Das Bundesverfassungsgericht», *DVBl*, 1952, p. 4, y VON MANGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlín, etc., 1953, art. 94) no puede ser significativa más que en relación con la obligatoriedad de su publicación (que el propio parágrafo 31.2 prevé para estas decisiones con fuerza de ley en el *Bundesgesetzblatt*), puesto que una ley no puede establecer efectos que la Constitución no prevé y que a la ley misma no corresponden. El planteamiento del problema es semejante al del Derecho español, del que nos ocuparemos en otro lugar, si bien cabe decir que, entre nosotros, aparece aún más confuso porque, de una parte, la propia Constitución no habla de «fuerza de ley», sino de «plenos efectos frente a todos», como si hubiera recogido la observación de MAUNZ, ya aludida, de que sería preferible hablar de eficacia frente a todos que de fuerza de ley—lo que no es acertado—, aunque correctamente aplica esta eficacia fundamentalmente a las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las leyes. Y de otro lado, la LOTC ha introducido factores distorsionadores, entre otros un inexistente planteamiento general del problema de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, que añade notables dificultades adicionales a la colocación de esta cuestión más concreta de las sentencias confirmatorias en términos muy semejantes a la del Derecho alemán.

(114) VOGEL, *op. cit.*, *loc. cit.* *Vid.* nota 103.

(115) Es importante observar, como me ha hecho notar el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que en el sistema alemán el recurso directo de inconstitucionalidad no está sujeto a plazo—a diferencia del nuestro, tres meses—, lo que tal vez agudiza más el problema de su compatibilidad con el recurso indirecto. La solución en nuestro caso parece más llana, porque la casuística del recurso indirecto—más los supuestos de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denomina «autoincidente» (artículos 55,2 y 67 de la LOTC)—permite más fácilmente replanteamientos sucesivos, del mismo modo que ocurre con el juego del artículo 39,4 de la Ley Jurisdiccional, en este ámbito, siempre que, naturalmente, desaparezca el obstáculo que supone el artículo 38,2 de la LOTC—lo que sería absolutamente procedente, dada su evidente disfuncionalidad y, más aún, su manifiesta inconstitucionalidad—.