

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA*

ROBERTO ROMBOLI

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Pisa*

1. EL MODELO ITALIANO: CONTROL CONCENTRADO CON INICIATIVA DIFUSA Y LA EXPERIENCIA DE UN CONTROL DIFUSO EN ESPERA DE LA ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (1948-1955)

Entre las funciones encomendadas a la Corte Constitucional italiana, la del control sobre la constitucionalidad de las leyes asume, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, una posición de absoluta preeminencia¹ de cara a definir el papel desempeñado por la justicia constitucional en la experiencia institucional italiana.

Desde los trabajos preparatorios de la actividad de la Asamblea constituyente y tras las discusiones mantenidas en el seno de esta última, parecía clara la posibilidad de caracterizar el juicio constitucional como un juicio dirigido a la tutela de los valores y de las normas constitucionales y, en consecuencia, a la anulación de las leyes o actos con fuerza de ley que le fueran contrarios, o bien, sobre todo, como garantía y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos acogidos en la Constitución. Esta opción venía inevitablemente a condicionar la elección de las

* Traducción de Enriqueta Expósito Gómez (Universidad de Barcelona).

1. Las otras funciones de la Corte Constitucional son las relativas a la resolución de conflictos de competencia entre el Estado y las regiones y entre los poderes del Estado, al juicio de admisibilidad del referéndum abrogativo y al proceso penal en relación con los delitos cometidos por el Presidente de la República.

modalidades a través de las cuales ejercitar el juicio de constitucionalidad y, en particular, también aquélla entre un modelo de tipo concentrado y uno de tipo difuso.

En Italia fue descartada la solución a favor de un sistema difuso, ya que la naturaleza fuertemente innovadora del texto constitucional respecto a la legislación ordinaria heredada del régimen fascista, por desgracia todavía vigente en su mayor parte a causa de la inercia del Parlamento, hicieron temer lo que había sido definida como una «explosión normativa» de la Constitución², lo que conllevaba a una excesiva exposición política por parte de la magistratura, que habría acabado por actuar como «contrapeso» de las decisiones políticas del Parlamento³. A todo ello se añade la consideración de que la ausencia del valor vinculante del precedente, en el ordenamiento italiano, hubiera podido causar, especialmente en un primer momento, una situación de incertidumbre seguramente peligrosa.

La elección de un sistema concentrado, con el consiguiente reconocimiento de una competencia única a favor de la Corte Constitucional, fue, en gran medida, atenuada en sus efectos por la previsión de una iniciativa «a nivel difuso» atribuida a cualquier juez que, en el ámbito de su juicio, pudiera tener una simple duda sobre la conformidad a los principios constitucionales de la ley que es llamado a aplicar en el proceso seguido en su instancia.

Un reconocimiento similar a favor de cualquier juez viene a adquirir, en el sistema de justicia constitucional italiano, un significado muy particular, que deriva del hecho de que es casi exclusivamente a consecuencia del ejercicio de esta iniciativa que se desarrolla la función de control de las leyes por parte de la Corte Constitucional.

En la previsión de los requisitos para plantear a la Corte Constitucional una cuestión de constitucionalidad fueron, efectivamente, descartadas las propuestas de un recurso directo por parte del ciudadano, ya fuera como tal o como portador de un interés cualificado, de las minorías parlamentarias o de un *procuratore* de la Constitución.

Por esta razón se ha venido a valorar muy especialmente el papel del juez ordinario y su iniciativa, que conduce, en suma, a la realización de una apuesta sobre la sensibilidad del juez en relación con los nuevos valores constitucionales, en cuanto que su indiferencia habría producido un escaso ejercicio de la iniciativa (mediante el pronunciamiento de Autos de planteamiento de cuestiones de constitucionalidad) y con ello, un significativo vaciamiento del juicio de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte al faltar la 'materia prima'.

La experiencia de los años sucesivos y la formación de una armonía entre la Corte y los jueces ha demostrado cómo en la actualidad dicha apuesta puede

2. Así, ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, p. 167.

3. Cfr. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Turín, 1997, p. 137, quien califica, por esta razón, de sabia la decisión del constituyente de haber descartado el sistema del control difuso. Consideraciones similares son defendidas por MEZZANOTTE, Sulla nozione di indipendenza del giudice, en *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Bari, 1996, pp. 6-ss y COSTANZO, Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità «difuso» nell'ordinamento italiano, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padua, 1995, pp. 251-ss.

entenderse ganada y cómo las diferencias entre el sistema difuso y el concentrado de control de las leyes, especialmente como consecuencia de la compenetración entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución, son, en la experiencia italiana, muy atenuadas, hasta el punto de que en muchos aspectos tiendan a confundirse y casi a desaparecer.

La Corte Constitucional, también como consecuencia de la actitud obstruccionista de algunas fuerzas políticas y de la necesidad de aprobar la legislación constitucional y ordinaria de integración y de actuación de lo establecido en el texto constitucional, empezó a funcionar ocho años después de entrar en vigor la Constitución, esto es, en 1956.

Durante el período anterior (1948-1955), según lo establecido en la Disposición Transitoria VII.^a de la Constitución⁴, las funciones que ésta encomendaba a la Corte Constitucional fueron desempeñadas por el juez ordinario. Con ello, vino a actuar, aunque temporalmente, un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes, en cuyo ejercicio surgieron algunos problemas que tendrán (o habrían podido tener) una notable influencia, también, en el período posterior, cuando la Corte Constitucional comenzó a funcionar⁵.

Un primer problema que se plantearon los jueces, en la labor de interpretación del valor y del significado de la Constitución, fue el de elegir entre el efecto derogatorio o el efecto de inconstitucionalidad, es decir, entre considerar la Constitución como un *ius superveniens* que, cuando entrara en contradicción con las disposiciones vigentes anteriormente aprobadas, prevaleciera sobre estas últimas en virtud del principio de temporalidad, o bien valorar la superioridad de la nueva norma, optando, en este caso, por la declaración de inconstitucionalidad.

La alternativa entre derogación e inconstitucionalidad comportaba importantes y significativas consecuencias en el control de las leyes por parte del juez ordinario.

La adhesión a la tesis de la derogación significaba, ante todo, considerar que, una vez entrara en funcionamiento la Corte Constitucional, ésta habría debido ocuparse sólo de la constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución, pero no de las anteriores a la misma (para ellas, hubiera quedado sólo el juicio, *inter partes*, llevado a cabo por el juez ordinario), con todas las consecuencias que ello hubiera comportado para la «desfascistización» de la legislación italiana.

En segundo lugar, hubiera significado considerar, en la práctica, la Constitución como una *lex posterior*, y no como una *lex superior*, haciendo, de esta forma, desaparecer, a estos efectos, la distinción entre una Constitución rígida (como la italiana) y una Constitución flexible.

4. La Disposición Transitoria VII.^a de la Constitución establece que «hasta que no entre en funcionamiento la Corte constitucional, la solución de las controversias a que se refiere el art. 134 (el cual enumera las competencias) se realizará en las formas y con los límites de las normas anteriores a la entrada en vigor de la Constitución».

5. En todo caso esta experiencia se encuentra marcada por el hecho de que se trataba de una competencia absolutamente nueva, desconocida en el período anterior y además de una actividad que seguramente habría de ejercitarse en un tiempo limitado, lo que no incitaba a comprometerse demasiado con la misma.

En tercer lugar, la referencia al fenómeno de la derogación y, más concretamente, de la derogación por incompatibilidad (denominada derogación implícita) conducía, casi inevitablemente, a reconocer este efecto sólo a aquellas disposiciones constitucionales redactadas de forma concisa, susceptibles de ser inmediatamente aplicables, y, en cambio, negarlo (a los fines de su aplicación) a todas aquellas normas que contuvieran principios y excluyendo, para estas últimas, incluso, el efecto de orientar la actividad interpretativa del juez. Es, precisamente, éste el origen de la distinción entre disposiciones constitucionales programáticas y preceptivas (y dentro de éstas últimas, entre disposiciones de aplicación directa, indirecta o diferida), elaborada especialmente por la jurisprudencia de casación de los años 1948-1956. Mientras las primeras hubieran sido referidas exclusivamente al poder legislativo y aplicables sólo tras una intervención actuativa de este mismo poder, las segundas, en cuanto preceptivas y de aplicación directa, hubieran producido la derogación de las disposiciones anteriores con rango de ley.

En el período analizado, la mayoría política actúa lo que ha sido definido por Piero Calamandrei el «obstruccionismo de mayoría» con el fin de no dar actuación y «congelar» las partes más innovadoras contenidas en la Constitución⁶. Ante tales actitudes la magistratura encuentra más cómodo refugiarse en el formalismo jurídico y utilizar, por este motivo, el criterio de la derogación, con soluciones pre-determinadas, evitando, de esta manera, conflictos con el poder legislativo y colándose, en cuanto a los efectos de esta posición (congelación de la Constitución), al mismo nivel que las fuerzas políticas mayoritarias.

El comportamiento asumido por los jueces en aquellos años se justifica por la necesidad de establecer un procedimiento gradual en la actuación de la Constitución, «en paralelo al llevado a cabo con la reorganización estatal y con la formación, necesariamente de maduración progresiva, del sentimiento colectivo y la conciencia democrática». La Constitución es percibida como una «revolución jurídica», la cual «llevaría a resultados extremadamente perjudiciales, de carácter social o privado, en caso que se actuase de forma rápida, con efectos de quiebra y destrucción de las situaciones anteriores», habida cuenta de la función puramente negativa del control de constitucionalidad ejercido por los jueces, por lo que «la jurisdicción debía mantener viva y constante aquella noción del Estado y de la continuidad de sus instituciones, incluso con el cambio de los eventos y de las leyes, que es conforme a las nobles tradiciones del ordenamiento judicial»⁷.

Por todo ello, el balance de la actividad interpretativa de la Constitución por parte de los jueces en los años de control difuso (1948-1955) es valorada justamente, por casi la unanimidad de los autores, de una forma bastante negativa

6. Para una reconstrucción de los acontecimientos relativos a la actuación-abstención de la Constitución italiana de 1947, ver PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Bari, 1999, pp. 11-ss y los autores allí citados.

7. Así, EULA, *Magistratura e Costituzione*, en Riv. pen., 1956, vol. 1, pp. 339-ss. El autor desempeñaba, en la fecha de publicación del escrito citado, el cargo de primer presidente de la Casación. Sobre como la distinción entre normas programáticas y preceptivas ofrece preciados servicios antes de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, ver CHICCO y CORONAS, *L'interpretazione giudiziale della Costituzione*, en *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, Roma, 1957, p. 633.

teniendo en cuenta las consecuencias que ésta ha acarreado para la actuación de los valores y principios constitucionales⁸. A pesar de ello, algunos estudios realizados más recientemente en este tema, han concluido manifestando un juicio menos severo⁹.

2. LA CREACIÓN DEL JUICIO SOBRE LAS LEYES: LA NOCIÓN DE *JUEZ* Y DE *JUICIO* Y EL OBJETO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

La regulación del juicio constitucional sobre las leyes (contenida en pocos preceptos constitucionales, en algunas leyes constitucionales y ordinarias de actuación, así como en disposiciones dictadas por la propia Corte) ha sido completada por la jurisprudencia constitucional, la cual, en numerosas ocasiones, ha proporcionado al juez constitucional instrumentos y poderes no expresamente deducibles del dictado normativo.

La cuestión relativa a un presunto contraste entre la ley y los principios constitucionales puede ser llevada a examen de la Corte Constitucional mediante dos procedimientos: a) la vía incidental, cuando la duda es alegada por un juez ordinario en el curso de cualquier juicio, de oficio o a instancia de parte; b) la vía principal o directa, a través de la cual el Estado puede impugnar una ley regional y la región puede hacer lo mismo en relación con una ley estatal o de otra región¹⁰.

Por lo que se refiere a la fase de creación del juicio constitucional incidental, y concretamente a los conceptos de «juez» y de «juicio», ha predominado, en la primera jurisprudencia constitucional (1956-1971), una interpretación amplia de los mismos, justificada en la intención de eliminar el mayor número posible de dudas de legitimidad constitucional. En estos años, la Corte no ha dudado en interpretar el auto de planteamiento y en buscar la cuestión planteada aunque ésta no fuera expresada con claridad en dicha resolución ni se hubieran cumplido puntualmente todos los requisitos. Así, durante este período y en relación con las cuestiones susceptibles de ser planteadas por sujetos que formaran parte del cuerpo judicial, la Corte ha seguido y mantenido, con el consenso casi unánime de la doctrina, una lectura amplia y extensiva de los términos «juez» y «juicio». En efecto,

8. Cfr., entre otros, ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milán, 1977, Vol. IV, pp. 503-ss; SENESE, *Relazione*, en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Milán, 1978, pp. 21-ss y BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, Turín, 1997, Vol. III, pp. 141-ss.

9. COSTANZO, *Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità «diffusa» nel ordinamento italiano*, *cit.*, pp. 273-ss y BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milán, 1997, pp. 149-ss.

10. La doctrina reserva un tratamiento diverso a las regiones respecto del Estado, señalando una muy criticada y criticable discriminación a cargo de las primeras. En efecto, mientras que el recurso estatal tiene carácter preventivo e impide la entrada en vigor de la ley regional, pudiéndose, además, alegar cualquier vicio de constitucionalidad de la ley regional; la impugnación de la ley estatal por parte de la región no tiene el efecto de interrumpir la entrada en vigor de la misma y debe denunciar solamente una invasión de la propia competencia constitucionalmente reconocida.

hasta 1957 ha tenido oportunidad de aclarar cómo estos conceptos son utilizados por el legislador de forma genérica y con un distinto significado, por lo que si es verdad que el ordenamiento ha condicionado la proposición de una cuestión de legitimidad constitucional a la existencia de un juicio, es igualmente cierto que el interés público a la certeza del derecho y a la actuación de la Constitución, con la consiguiente anulación de las leyes que sean contrarias a ésta, ha llevado a hacer prevalecer y a imponer a la Corte la no distinción, a los efectos de la admisión, categorías de límites frecuentemente inciertos y polémicos, según el tipo de juicio o de proceso. En este sentido, la Corte ha entendido que cuando la autoridad judicial, llamada a aplicar la ley al caso concreto, dude de su legitimidad, ésta debe de todos modos elevar la cuestión. La posibilidad de proponer la excepción de constitucionalidad no debe provenir de la calificación del procedimiento en curso, sino del hecho de que el juez dude de una forma no manifiestamente infundada. De otro modo, se llegaría a la inaceptable consecuencia de un juez constreñido a aplicar una ley con respecto a la cual tiene fundadas dudas de constitucionalidad.

En los años sucesivos, siempre en relación con cuestiones elevadas por sujetos integrantes del orden judicial, asistimos a una clara y contundente inversión de tendencia, en un sentido restrictivo, con un evidente contraste con alguna de las afirmaciones sostenidas en el período precedente. En efecto, la Corte, a diferencia de lo sostenido en la fase anterior, no considera suficiente, a los efectos de reconocer la legitimación, que la cuestión haya sido elevada por un «juez» en el momento de aplicar una disposición a un caso concreto, sino que exige que ésta se produzca en el curso de un procedimiento que tenga carácter jurisdiccional y que la solución de la excepción sea prejudicial para dictar una resolución judicial.

La Corte Constitucional juzga las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las «leyes y actos con fuerza de ley, del Estado o de las regiones». Una interpretación literal del significado de la expresión «ley y actos con fuerza de ley», y siguiendo el criterio de jerarquía de las fuentes, parecería llegar a la conclusión que quedan excluidos del control de la Corte Constitucional tanto las leyes constitucionales como las fuentes reglamentarias de nivel secundario.

La jurisprudencia constitucional, mientras ha rechazado siempre la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los reglamentos gubernamentales, ha admitido, en cambio, dentro de ciertos límites, el control sobre las leyes constitucionales, adhiriéndose con ello a una posición ampliamente mayoritaria en la doctrina.

La inconstitucionalidad de una ley constitucional, la cual podría parecer a primera vista una especie de contradicción en sus propios términos, es, sin embargo, perfectamente posible si se considera la hipótesis que ésta adolezca de vicios de carácter formal (incumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 138 de la Constitución para aprobar leyes constitucionales o de reforma constitucional) o incluso de tipo material. En efecto, es pacífico en la doctrina que la posibilidad de modificar o integrar la Constitución tenga ciertos límites, algunos de los cuales son previstos expresamente por la propia Constitución (concretamente los derechos inviolables a los que hace referencia el art. 2 o la forma de gobierno republicana del art. 139) y otros pueden ser deducibles de la totalidad del sistema

constitucional y de los principios, ya irrenunciables, del constitucionalismo moderno (ver sentencia 1146/1988).

Según la jurisprudencia constitucional, el control de las fuentes primarias («leyes y actos con fuerza de ley») hace referencia a: a) las leyes ordinarias del Parlamento; b) las leyes regionales y de las provincias de Trento y Bolzano; c) los decretos legislativos; d) los decretos-ley; y e) los decretos de actuación de los estatutos regionales especiales; mientras que, siguiendo una jurisprudencia constitucional que, en la actualidad, puede considerarse consolidada, ha sido rehusada, por diferentes motivos, la posibilidad de controlar los reglamentos de los órganos supremos (especialmente, los reglamentos parlamentarios y las normas integrativas de los procesos ante la Corte Constitucional), además de los reglamentos comunitarios.

Concretamente, la imposibilidad de que los reglamentos parlamentarios fueran susceptibles de ser controlados en el proceso de control de la constitucionalidad de las leyes ha sido justificada por la propia Corte Constitucional bien en la consideración que éstos no pueden ser reconducidos, ni de forma expresa ni por vía interpretativa, a la noción de «acto con fuerza de ley», bien en el papel que el Parlamento asume en nuestro sistema constitucional. A éste, por ser expresión de la soberanía popular y directo partícipe de la misma, se le reconoce, según al propia Corte, una independencia garantizada frente a cualquier otro poder estatal. Por esta razón, los reglamentos, en cuanto desarrollo directo de la Constitución, deben gozar de una «peculiaridad y dimensión» que impide su control si no se quiere negar que la reserva constitucional de competencia reglamentaria entra en el ámbito de las garantías establecidas por la Constitución para asegurar la independencia del órgano soberano con respecto a cualquier otro poder.

En cambio, en relación con los reglamentos comunitarios la jurisprudencia constitucional es ya consolidada al negar la posibilidad de control constitucional de los mismos en cuanto actos normativos no integrantes del ordenamiento jurídico nacional, sino del comunitario. Por esta razón, debe descartarse que la Corte Constitucional pueda fiscalizar estas disposiciones comunitarias, y más cuando la literalidad del artículo 134 de la Constitución hace referencia sólo al control de constitucionalidad en relación con las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones, y entre éstos no se encuentran los reglamentos comunitarios. No obstante lo anterior, la Corte ha establecido unos «contralímites» a dichas normas al entender que éstas no podrán entrar en conflicto con «los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o violar los derechos inalienables de la persona humana»¹¹.

También está ya consolidada la jurisprudencia de la Corte al excluir los reglamentos administrativos de los actos susceptibles de ser controlados en el juicio de constitucionalidad. La razón de este rechazo radica en la consideración que el

11. Para una completa y cuidada reconstrucción del parecer de la Corte sobre los principios fundamentales y los derechos inalienables como «contralímites» del derecho comunitario, ver CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 1995, especialmente pp. 95-ss y DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1995, especialmente pp. 139-ss.

contraste entre este tipo de normas con los principios constitucionales puede verificarse bien porque éstos sean una fiel actuación de una ley que, sin embargo, es contraria a la Constitución, en cuyo caso será la propia ley la que deba ser objeto de una cuestión de constitucionalidad que, de ser estimada, la nulidad de la ley conllevará la del reglamento que en ella se fundamentaba; o bien cuando la ley, a la que se refiere el reglamento, es plenamente conforme a la Constitución, el reglamento habrá de ponerse en relación con la ley y, en este supuesto, el vicio deberá ser alegado ya sea ante el juez administrativo que anulará el reglamento por violación de la ley, ya sea ante el juez ordinario, el cual podrá inaplicarlo, pero no ante la Corte Constitucional.

Especialmente significativa y eficaz ha sido la jurisprudencia constitucional en estos últimos años en relación con el abuso del Gobierno del instrumento normativo del decreto-ley, el cual, según la Constitución, debería utilizarse sólo en los casos de extraordinaria necesidad y urgencia. La Carta constitucional, además, dispone (art. 77) que el decreto entra inmediatamente en vigor, aunque debe ser convertido en ley por el Parlamento en un plazo de sesenta días, transcurrido el cual se prevé la caducidad del decreto con efectos *ex tunc*. Pese a esta tasada regulación, la práctica, desde hace tiempo, ha mostrado decretos emanados sin que concurriesen los presupuestos constitucionales prescritos, así como la promulgación, tras haber transcurrido el término de caducidad del decreto, de otro nuevo decreto de idéntico contenido y, cuando éste caduca, otro nuevo y así sucesivamente llegando a formar una cadena incluso de hasta catorce o quince decretos, todos ellos de igual contenido. Ante esta situación, la Corte constitucional ha intervenido recientemente fijando unos criterios que han reducido significativamente dicha práctica. Éstos hacen referencia principalmente a: a) la posibilidad, por parte de la Corte, de controlar y sancionar la absoluta carencia de los presupuestos de necesidad y de urgencia, incluso cuando se haya producido la conversión del decreto en ley del Parlamento (sentencia 29/1995); b) la posibilidad de extender el juicio de constitucionalidad de las normas de un decreto-ley ya caducado a las disposiciones idénticas que pudieran contenerse en un decreto-ley posterior o ley de conversión (sentencia 84/1996); c) la inconstitucionalidad del fenómeno de la repetición de los decretos-ley con el mismo texto, en cuanto que, al violar el carácter necesariamente provisional del decreto, se venía a diferir, de hecho, el plazo perentorio e improrrogable de sesenta días fijado por la Constitución y a estabilizar y prolongar las razones extraordinarias alegadas como fundamento de las condiciones de necesidad y urgencia del decreto-ley originario (sentencia 360/1996)¹².

12. La declaración de inconstitucionalidad del fenómeno de la repetición de los decretos-ley, no excluye, en absoluto, que el Gobierno pueda, tras la caducidad de un decreto-ley por haber transcurrido el plazo, presentar un ulterior decreto sobre la misma materia, pero ello viene condicionado a que este último pueda considerarse «nuevo» con respecto al caducado. Así, un decreto-ley, a juicio de la Corte, puede entenderse «nuevo» con respecto al que lo ha precedido sólo en los casos en que cumpla alguna de estas condiciones: a) si se fundamentan en autónomas, nuevas (aunque siempre extraordinarias) y sobrevenidas razones de necesidad y de urgencia, las cuales, sin embargo, no podrán ser reconducidas al solo hecho de la falta de conversión del decreto anterior; o b) si tienen un contenido normativo sustancialmente diferente del anterior.

3. LA FASE ANTE EL JUEZ A QUO, LAS FORMAS DE PUBLICIDAD DEL AUTO DE REMISIÓN Y EL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

El juez, tras una expresa solicitud realizada por una de las partes del proceso seguido en su instancia o de oficio¹³, debe elevar la cuestión de legitimidad constitucional cuando dude que una determinada disposición puedan estar en contradicción con la Constitución, pudiendo negarse sólo en el supuesto que, con respecto a la instancia de parte, considere la excepción propuesta absolutamente carente de cualquier fundamento real, es decir, ésta ha de ser considerada en todo caso como «no manifiestamente infundada». A esta condición se le añade otra, según la cual debe tratarse de una norma cuya aplicación el juez la entienda necesaria e indispensable para la decisión del proceso (o de algún momento procesal del mismo) que se sustancia en su instancia jurisdiccional (concepto de «relevancia» de la cuestión de constitucionalidad). A estos típicos requisitos la jurisprudencia constitucional más reciente parece haber añadido un tercero: la obligación por parte del juez de intentar, previamente a elevar la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad de una interpretación «adecuada», esto es, más conforme a la Constitución y, de esta manera, salvar la duda de constitucionalidad.

En caso de que el juez considere la excepción de constitucionalidad «relevante» y «no manifiestamente infundada» adopta un auto, el cual tiene un doble efecto: el de suspender el proceso en curso a la espera de la decisión de la Corte Constitucional y el de iniciar, fijando el *thema decidendum*, el juicio constitucional. El juez, al elevar la cuestión de constitucionalidad, debe hacer referencia a «los términos y los motivos», indicando las disposiciones de ley sospechosas de inconstitucionalidad y las normas constitucionales que se entiendan vulneradas.

El auto es notificado, por la secretaría del juez *a quo*, a las partes del proceso, al Presidente del Consejo de Ministros o de la Junta regional y comunicado a los presidentes de ambas cámaras parlamentarias. La notificación, según una ya constante jurisprudencia constitucional, sirve para determinar los sujetos que pueden constituirse como partes o intervenir en el proceso constitucional incidental, mientras que la comunicación que se realiza al Parlamento tiene la finalidad de darle a conocer que uno de sus actos ha sido llevado a juicio ante la Corte, permitiéndole, de este modo, si lo estima pertinente, modificarlo antes de que la Corte Constitucional adopte una decisión. Finalmente, el auto de remisión es publicado en la Gaceta Oficial de la República, de forma que se da a

13. En la actuación concreta de esta regulación podía verificarse, entre las dos funciones encomendadas al juez, la prevalencia de la función de «controlador» en caso de valorar la instancia de parte y, con ello, el interés particular respecto al general, relegando la otra al deber residual de suplir la falta de ejercicio de la petición de las partes; o bien la preminencia de la de «promotor» en nombre del interés público superior, lo que llevaba a calificar la instancia de parte como un simple estímulo o impulso a la actividad del juez. Tras cuarenta años de jurisprudencia constitucional puede afirmarse que es la segunda de las dos funciones anteriores la que ha dominado de forma clara.

conocer a todos los operadores jurídicos, y muy especialmente a los jueces, que una determinada ley está *sub iudice*, solicitándose, de este modo, prudencia a la hora de aplicarla y, concretamente para cualquier juez, la oportunidad, a su vez, de suspender el proceso seguido en su instancia y remitir, incluso él, al examen de la Corte la misma cuestión de constitucionalidad, con alegaciones propias e independientes.

Los sujetos destinatarios de la notificación del auto de planteamiento de la cuestión (las partes del juicio *a quo* y el Presidente del Consejo de Ministros) tienen la posibilidad de constituirse como partes en el proceso constitucional, aunque su personación en dicho proceso es meramente facultativa y no indispensable para su sustanciación ante la Corte.

En este sentido, la Corte ha hecho siempre referencia, a los fines de reconocer legitimación para participar en el proceso constitucional, exclusivamente a la calificación formal de parte en el juicio principal, reproduciendo, de este modo, con sus mismos vicios e irregularidades, la situación dada en el momento de la adopción del auto de remisión, y prescindiendo de cualquier valoración y verificación acerca de la subsistencia de un específico interés de ésta a estar presente en el juicio constitucional.

En relación con las partes privadas del juicio principal, si éstas no ejercen, como de hecho es frecuente, su facultad de personarse en el proceso constitucional, el papel que desempeñan, con respecto al mismo, puede calificarse, en su conjunto, de muy modesto. La presencia de estas partes ante la Corte constitucional parece encontrar su fundamento y justificación tanto en la tutela de su interés, en cuya defensa aquélla estaba presente en el juicio principal, como por el interés general a la constitucionalidad de la ley a la cual esta misma parte es llamada a dar su parecer en cuanto representante de una determinada posición «escogido, de entre la multitud incolora de los destinatarios de la norma acusada»¹⁴.

Ambas razones están, desde luego, presentes con la diferencia que mientras que la primera (el interés concreto del juicio *a quo*), como ya he puesto de manifiesto, puede faltar, la segunda (el interés general a la constitucionalidad de la ley) siempre se presume subsistente e irrenunciable por la parte privada del juicio *a quo* que se personifica ante la Corte.

Por lo que hace referencia a la intervención del Presidente del Consejo de Ministros, ésta se ha fundamentado, hasta el momento, en la finalidad de defender la legitimidad constitucional de las leyes impugnadas. En efecto, la decisión de intervenir equivale automáticamente a defender la ley impugnada. Casi nunca se ha dado la situación que el Presidente del Consejo de Ministros se haya personificado para sostener el fundamento de la cuestión de constitucionalidad elevada¹⁵.

14. ANDRIOLI, Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, en *Atti 1.º convegno internazionale di diritto processuale civile*, Padua, 1953, pp. 60-61.

15. Solo recientemente se han dado algunos supuestos en los que el Presidente del Consejo de Ministros ha defendido la inconstitucionalidad de la ley impugnada (sentencias 298, 305/1995, 69 y 233/1996). En este sentido, ver CERRONE, L'intervento del presidente del consiglio dei ministri nel giudizio incidentale, en *Foro Italiano*, Vol. V, pp. 314-ss.

En el supuesto en que la disposición impugnada pueda resultar absolutamente indefendible, el Presidente del Consejo prefiere no intervenir. Esta intervención, además, se realiza mediante la presentación de una serie de excepciones de tipo procesal, las cuales demuestran que el interés perseguido, más allá de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, sea el de evitar una declaración de inconstitucionalidad. Concebir, de acuerdo con lo manifestado por la doctrina mayoritaria, la intervención del Presidente del Consejo como una actuación en defensa del interés público superior, con la finalidad de llevar al juicio constitucional una posición cualificada del Gobierno, habría debido comportar, como consecuencia, que la intervención no debiera estar condicionada, sino que fuera una actitud libre, así como el carácter esencialmente político de las valoraciones y juicios, aunque expresados en términos jurídicos. Por el momento no puede afirmarse que, ni lo uno ni lo otro, se hayan dado en la práctica.

Finalmente, con respecto a la posible presencia de terceros en el proceso constitucional incidental, la posición de la Corte Constitucional ha sido, durante mucho años, firme y absolutamente cerrada. En efecto, en la jurisprudencia constitucional era pacífica y constante la afirmación según la cual únicamente podían constituirse como partes del proceso los sujetos destinatarios de la notificación del auto de remisión de la cuestión, por lo que debía ser excluida la intervención de cualesquiera otros sujetos, ya fueran éstos personas con un específico interés en la cuestión examinada en el juicio constitucional, o ya fueran asociaciones o entes que pretendieran defender un interés de una determinada categoría profesional, en cuanto que no tuvieran la condición formal de parte del proceso *a quo* en el momento de dictarse el auto de remisión.

No obstante lo anterior, en los últimos años, la Corte ha abandonado esta posición de claro cierre en relación con la presencia de terceros en el juicio constitucional de las leyes sustanciado por la vía incidental al permitir la presencia de otros sujetos diferentes al Presidente del Consejo de Ministros o de la Junta regional, que no tenían la condición de parte del juicio *a quo* en el momento de adoptarse el auto de reenvío. Esta apertura es significativamente afirmada en la sentencia 314/1992 en la que la Corte ha sostenido que en nuestro ordenamiento constitucional no puede admitirse «que —el proceso constitucional— sea un juicio que incida directamente en las posiciones jurídicas subjetivas sin que exista la posibilidad jurídica para los titulares de éstas de defenderlas como parte en dicho proceso». Esta afirmación ha sido precisada, y, en cierta manera, matizada, por la sentencia 421/1995, con la que la Corte ha resaltado como no puede considerarse suficiente, para legitimar el derecho a intervenir en el proceso, la existencia de un genérico interés común a todos los eventuales destinatarios del acto impugnado, sino que, «en el caso de sujetos que no hayan intervenido como partes en el juicio *a quo*, debe ser demostrado el interés directo e individual y reconocible siempre y cuando el resultado del proceso de constitucionalidad pueda incidir directamente sobre una posición jurídica específicamente propia del interviniente».

4. LAS DECISIONES DE LA CORTE: PROCEDIMIENTO, APARIENCIA FORMAL Y TIPOLOGÍA (LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS, LAS MANIPULATIVAS, LA DECLARACIÓN DE ILEGITIMIDAD SOBREVENIDA Y LAS ADITIVAS DE PRINCIPIO)

En la organización interna de la Corte no se han previsto secciones o salas, ni siquiera con competencias limitadas, y para la adopción de las decisiones funciona el principio de colegialidad. Los jueces tienen la obligación de intervenir en las vistas cuando no estén legalmente impedidos y las decisiones son deliberadas en pleno con todos los jueces que han debido estar presentes en todas las fases en las que se ha desarrollado el juicio. En efecto, en muchos supuestos, cuando un juez que ha participado en algunas fases con anterioridad a que se adopte la correspondiente decisión queda liberado de esta obligación, la causa es, mediante auto, remitida a otro.

Entre las distintas fases que conducen a la decisión, podemos distinguir las siguientes:

- 1) La deliberativa que se hace en audiencia sobre la base de una ponencia del juez encargado de la misma, a la que siguen las intervenciones de los abogados de las partes privadas y del Abogado General del Estado en nombre del Presidente del Consejo de Ministros;
- 2) La de la votación en el pleno del consejo, en la cual el juez relator propone una o, alternativamente, diversas soluciones, a la que sigue una discusión general al término de la cual es aprobado la parte dispositiva de la sentencia y nombrado un juez (normalmente es el mismo que ha elaborado la ponencia) con el encargo de redactar la motivación;
- 3) La de redacción de la motivación, que deberá acoger necesariamente las tesis mayoritarias resultantes de la discusión en el pleno. El borrador de la argumentación es remitido a todos los jueces, discutido, enmendado y aprobado en un posterior pleno. Este carácter colegiado de la motivación está, en buena parte, atenuado cuando se refiere a la adopción de los autos, los cuales, a diferencia de las sentencias, se entienden aprobados si en los cinco días siguientes a la entrega del texto no ha sido solicitada por parte de ningún juez una lectura colegiada; y
- 4) Finalmente la de la suscripción de la decisión. Así, hasta hace algunos años esta adhesión debía ser realizada por todos los jueces, sin posibilidad de hacer mención del juez redactor, pero, en la actualidad, tras la deliberación de la Corte de 7 de julio de 1987, es adoptada, sobre todo, por razones de orden práctico, sólo por el Presidente de la Corte y por el juez redactor e, incluso, sólo exclusivamente por el primero si éste además ha sido el juez redactor de la misma.

En relación con la forma en que debe exteriorizarse la resolución de la Corte, la ley establece el principio según el cual ésta «decide de forma definitiva con

sentencia. Todas las demás decisiones de su competencia se acogerán en autos. Las disposiciones del Presidente se adoptan con decreto»¹⁶.

Por lo que respecta al sistema de publicidad de las decisiones de la Corte Constitucional, todas ellas son publicadas en un suplemento especial de la Gaceta Oficial, con la única excepción de los pronunciamientos interlocutorios, no numerados, a los que hace referencia la parte «de los hechos» de la sentencia conclusiva del proceso y que, aun no siendo publicados, son, normalmente, recogidos en la Recopilación oficial de las sentencias y los autos de la Corte, como un apéndice a las resoluciones conclusivas a las que se refieren.

En el plano de la tipología de las decisiones, la Corte Constitucional ha actuado siempre de manera particularmente creativa con respecto al dictado normativo en cuanto que, ya desde los primeros años de funcionamiento, se puso en seguida de manifiesto que la rígida alternativa entre estimar o rechazar la cuestión de constitucionalidad aparecía demasiado estrecha en relación con el papel que la Corte tenía intención de desempeñar en nuestro sistema constitucional.

En este sentido, una afirmación de extrema importancia es aquélla de la Corte según la cual a la hora de valorar la cuestión de constitucionalidad elevada en vía incidental por el juez, no puede considerarse vinculada a la interpretación de la ley realizada por el juez al presentar la excepción de constitucionalidad. Sobre la base de tal afirmación, el primer tipo de decisiones creado por la jurisprudencia constitucional con el fin de hacer frente a la anterior cuestión, fueron las decisiones interpretativas de rechazo, mediante las cuales, la Corte adopta un pronunciamiento de rechazo al tiempo que ofrece una interpretación de la disposición impugnada que sirve para «salvarla» de la declaración de inconstitucionalidad. Además, por esta misma razón, la cuestión de constitucionalidad puede ser considerada infundada siempre y cuando en ella se haya dado la interpretación indicada por la Corte en su decisión.

Con esta forma de obrar, la Corte intenta obtener, en el momento histórico en el que actúa, el máximo resultado posible para la adaptación del ordenamiento a los principios constitucionales, ofreciendo una interpretación de la ley que persiga su adecuación a los principios constitucionales, salvándola, al mismo tiempo, de la declaración de inconstitucionalidad que tendría como efecto la creación de un vacío normativo, hecho que sería preocupante dado la comprobada inercia del legislador para intervenir y regular de forma diferente esta misma materia.

Desde una perspectiva formal, estas decisiones se justifican en el hecho de que en el fallo la cuestión de constitucionalidad es declarada infundada, pero «de

16. Esta neta distinción entre sentencia, auto y decreto es, en realidad, una regla solo «tendencial» para la Corte, la cual, por ejemplo, utiliza siempre el auto para decidir la restitución de los autos al juez *a quo*, aun siendo éste un pronunciamiento que concluye el proceso. Igualmente el Presidente de la Corte ha recurrido, frecuentemente, al instrumento del auto, en vez del decreto, para rechazar las peticiones de los representantes de los medios de comunicación para presenciar el Pleno de la Corte en el que se debatía la admisibilidad de las solicitudes de referéndum abrogatorio (ver, auto de 16 de enero de 1991 y de 9 de enero de 1995, -ninguno de ellos numerados-).

conformidad con lo establecido en la motivación», haciendo, de este modo, remisión a la interpretación correctora que aparece en la argumentación de la decisión, por lo que, si bien puede afirmarse que todas las sentencias de la Corte son fruto de una interpretación de las disposiciones normativas, en este concreto supuesto la interpretación entra a formar parte, como elemento constitutivo y condicionante, del fallo.

La interpretación sugerida por la Corte tiene, en relación con los jueces, a los que de forma principal se dirige, una eficacia meramente persuasiva y no obligatoria, aunque normalmente se ha considerado que, en el supuesto en que el juez no tenga intención de seguir la interpretación que realiza la Corte, éste tiene la obligación de volver a plantear la cuestión de constitucionalidad, no pudiendo, entonces, ser entendida esta última como manifiestamente infundada. Así, la Corte está obligada a «doblar» la primera sentencia interpretativa de rechazo con una sentencia que, esta vez, declare la inconstitucionalidad de la ley (este mecanismo se conoce como el de la «doble decisión»).

El instrumento de la decisión interpretativa intenta llevar a cabo una forma de colaboración entre la Corte Constitucional y los jueces en su actividad interpretativa del derecho (aunque no falten momentos de fricción en relación con este tipo de pronunciamientos) y por este motivo no se utiliza cuando existe una orientación jurisprudencial ya consolidada en la interpretación de una ley (el denominado derecho viviente), supuesto, éste último, en el que la Corte actúa con una decisión de mero rechazo o aceptación.

La jurisprudencia constitucional, siempre con la finalidad de evitar la rígida alternativa entre declaración de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, ha elaborado, además, las denominadas sentencias manipulativas por las que la Corte procede a modificar o integrar las disposiciones sometidas a su enjuiciamiento de un modo en que éstas salgan del juicio constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al originario. En el ámbito de las decisiones manipulativas debe añadirse una ulterior consideración, la diferenciación entre decisiones aditivas y decisiones sustitutivas. Con las primeras se hace referencia a aquel tipo de decisión con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición por omitir algo («en la parte en la que no prevé»); mientras que las segundas se caracterizan, en cambio, por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa y al no prever otra. La decisión sustitutiva se compone, entonces, de dos partes diferentes: una demoledora del contenido de la disposición impugnada y otra reconstructora por la que la Corte proporciona a la misma disposición un contenido diverso, más acorde con los principios constitucionales.

Con respecto a las consecuencias que para el ordenamiento pueden derivarse de la declaración de inconstitucionalidad, se ha debatido, en estos últimos años, la posibilidad de proporcionar a la Corte Constitucional, tomando como referencia las experiencias alemana y austríaca, instrumentos decisorios que le permitan limitar o retardar la eficacia de sus decisiones de inconstitucionalidad, tratándose,

con ello de evitar lo que Alessandro Pace¹⁷ ha denominado los «obstáculos políticos» que podrían impedir que la Corte, aun estando plenamente convencida de la inconstitucionalidad de la ley impugnada, no llegue a adoptar una declaración de inconstitucionalidad. Estos obstáculos se concretan en el hecho que la anulación de una ley podría trastocar el orden y la gradualidad de la actuación de los valores constitucionales o bien producir situaciones de mayor inconstitucionalidad o, incluso, ocasionar importantes consecuencias económico-sociales o la 'puesta a cero' de todo tipo de actividad procesal desarrollada por todos los jueces italiano en un determinado sector durante un largo período de tiempo.

La posibilidad por parte de la Corte de incidir sobre los efectos temporales de sus decisiones estimatorias ha sido vista, bien con referencia al pasado, como la posibilidad de limitar la retroactividad de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, bien con vistas al futuro, en el sentido de retrasar la declaración de inconstitucionalidad para dar tiempo al Parlamento de intervenir. En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional está acostumbrada a dirigir al legislador «avisos» o «advertencias» para modificar la normativa que se sospecha inconstitucional. Este recurso es utilizado en el supuesto en el que la Corte considera, por diversas razones, no poder llegar a una decisión de inconstitucionalidad, aunque reconoce una fuerte inadecuación con los principios constitucionales, por lo que concluye el juicio con una decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad, pero dirigiendo al legislador, en su motivación, una invitación a que intervenga a regular la materia de forma diferente y a eliminar ciertas incongruencias presentes en su misma regulación. Las advertencias, según los supuestos, pueden ser más o menos específicas y puntuales, incluso indicando plazos rígidos o más generales y flexibles. En cualquier caso, la amenaza más o menos expresa que la Corte dirige al legislador es la de intervenir nuevamente, en caso de inercia de éste, para declarar inconstitucional, esta vez, la disposición impugnada y «salvada» por el momento.

En cambio, por lo que respecta a la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha experimentado, en los últimos años, un tipo diverso de decisión: las denominadas sentencias de ilegitimidad constitucional sobrevinida, mediante las que se tiende a diferir en el tiempo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. A propósito de estas creaciones jurisprudenciales, es necesario distinguir entre aquella que podríamos llamar la ilegitimidad constitucional sobrevinida en sentido estricto o en sentido propio y aquella otra que, por el contrario, llega a un mismo resultado de limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad a través de una ponderación entre los diversos valores constitucionales que han actuado concretamente. Ambas hipótesis, que normalmente aparecen integradas en el mismo fenómeno de la ilegitimidad constitucional sobrevinida, y en este mismo sentido

17. PACE, Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milán, 1989, p. 54.

son presentadas por la Corte Constitucional, merecen, sin embargo, ser mantenidas separadas en cuanto que, al menos desde la perspectiva conceptual, son muy diferentes y sobre todo, desde el punto de vista de su eficacia, generadoras de consecuencias distintas en el proceso constitucional.

Mediante la primera (la ilegitimidad sobrevenida en sentido estricto) la Corte afirma que una determinada disciplina, conforme al dictado constitucional en el momento de su entrada en vigor, deviene inconstitucional solo posteriormente con el sobrevenir de determinados acontecimientos, por lo que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad debe tener validez desde el momento en que estos hechos se hayan producido (así, por ejemplo, sentencias 71,72, 80 y 105/1996 y 78/1997). La derogación de las reglas generales relativas a los efectos de las sentencias de admisión deriva del hecho que la ley impugnada pierde su eficacia, no desde el día de su entrada en vigor, sino en un momento posterior (aquél en que ha devenido inconstitucional), mientras que se sigue respetado el principio según el cual esta norma, con esta limitación, no puede ser aplicada en el juicio *a quo* ni en ninguno de los procesos todavía pendientes en los que la misma hubiera debido tener aplicación (sentencias 501/1988, 1 y 124/1991 y 288/1994).

Por el contrario, en la segunda de las hipótesis (ponderación de los valores) la Corte, considerando que la declaración de inconstitucionalidad de una ley al mismo tiempo que tutela y garantiza ciertos valores, produciría efectos negativos respecto a otros principios merecedores, igualmente, de protección constitucional, difiere la eficacia de su propio pronunciamiento para reducir o eliminar estas últimas consecuencias negativas e indica, entonces, un plazo de tiempo a partir del cual la disposición impugnada debe entenderse inconstitucional. En este supuesto, la quiebra de las reglas sobre la eficacia de las sentencias estimativas es evidentemente más grave, ya que puede conducir al deber de considerar la norma declarada inconstitucional todavía aplicable en el juicio *a quo* y/o en los procesos pendientes (sentencias 266/1988, 50 y 398/1989 y 416/1992).

La Corte Constitucional, sujeta a la necesidad de respetar la discrecionalidad del legislador, en cuanto que su intervención sea considerada indispensable y no sustituible y no atente, en caso de inactividad del Parlamento, a su propia naturaleza de garante de la legitimidad constitucional de las leyes y de los derechos fundamentales de los ciudadanos constitucionalmente tutelados, ha adoptado, recientemente, un nuevo tipo de decisión, todavía no definida completamente en sus detalles, en la cual se sigue la misma técnica que en las sentencias aditivas ya señaladas, con la diferencia que, en este supuesto, no se introduce una norma inmediatamente eficaz y aplicable, sino que viene fijado un principio general que debe ser actuado mediante una actuación del legislador y al cual puede hacer referencia, con ciertos límites, el juez en la decisión de los casos concretos. Este tipo de pronunciamiento esboza una especie de colaboración entre la Corte, el Parlamento y los jueces, cada uno de los cuales debe actuar en el ámbito de las competencias que le son encomendadas por el ordenamiento.

5. EL PAPEL DEL JUEZ ORDINARIO EN LA INTERPRETACIÓN Y EN LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Un tema sobre el cual la reciente jurisprudencia constitucional parece prestar una especial atención, en relación con el juicio de constitucionalidad de las leyes, es aquél inherente a la relación entre la actividad interpretativa propia del juez y la desempeñada por la Corte Constitucional.

A menudo la Corte (con una frecuencia enormemente superior que en el pasado) considera que la premisa interpretativa sobre la cual el juez fundamenta la excepción de inconstitucionalidad es inexacta o incorrecta, observando, concretamente, que el juez atribuye a la norma impugnada un significado y un efecto que, sin embargo, no puede ser referidos a ella. El juez, en este sentido, está obligado a realizar una interpretación correcta, y cuando son posibles varias interpretaciones, a ofrecer, al menos, una aceptable (sentencia 237/1997).

En estos supuestos es habitual que la Corte proporcione directamente la interpretación correcta (sentencias 222/1996 y 454/1998) y lo hace siguiendo los criterios de la interpretación lógico-sistemática y prescindiendo de la referencia a principios constitucionales específicos. Las decisiones interpretativas de este tipo pueden ser, por tanto, muy diferentes a aquellas «históricas» ya analizadas en el apartado anterior.

Frente a más posibles interpretaciones, al no haberse formado en relación con ninguna de ellas un «derecho viviente» (es decir, una consolidada jurisprudencia por parte de los jueces ordinarios y, muy especialmente, los de casación), el juez tiene ante todo la obligación de escoger cual de las interpretaciones posibles pretende seguir, no pudiendo plantear a la Corte la alternativa sin previamente haber tomado una posición dejando, con ello, que sea ésta última la que elija (426/1996, 187 y 384/1998). Más concretamente, la Corte Constitucional ha rechazado, en ausencia de la existencia de un «derecho viviente», la posibilidad de someter a su análisis una simple duda interpretativa o de impugnar una determinada interpretación de la disposición que no se comparte. La interpretación de la ley es una cuestión de competencia del juez ordinario, ajena al juicio de constitucionalidad, el cual, por el contrario, está orientado a eliminar las normas viciadas y no a valorar la incertidumbre en relación con su aplicabilidad. En este sentido, la Corte ha considerado, y en muchas ocasiones así lo ha afirmado, que el juicio de constitucionalidad de las leyes no puede ser iniciado por el juez con el fin de hacer prevalecer una interpretación de la ley respecto de otra (sentencias 101, 266, 405 y 436/1996, 258 y 360/1997, 7 y 280/1998).

En consecuencia, en la elección entre las diversas interpretaciones posibles, el juez debe seguir aquélla más conforme a los principios constitucionales, evitando, de este modo, elevar una excepción de inconstitucionalidad si ésta es superable a través de una interpretación «adecuadora» (31, 44, 364, 389, 421 y 436/1996, 290, 299, 350, 354 y 361/1997, 7, 39 y 147/1998). La tendencia que surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional más reciente es claramente la de solicitar al juez que haga uso de sus propios poderes interpretativos con el fin de valorar, preventivamente, si existe la posibilidad de despejar las dudas constitucionales a través de

una interpretación «adecuadora» de la disposición de ley que haga a la misma conforme a los principios constitucionales. En efecto, la Corte ha sostenido que el juez debe utilizar sus propios poderes interpretativos todas las veces que una cuestión de constitucionalidad pueda ser resuelta a través de una interpretación conforme a la Constitución, desde el momento que una ley se declara inconstitucional no porque sea posible darle una interpretación inconstitucional, sino porque es imposible darle una interpretación constitucional (sentencia 356/1996).

La perspectiva es diferente, tanto para la Corte como para el juez, cuando se ha formado un derecho viviente. En efecto, la existencia del mismo impide a la Corte llevar a cabo una interpretación propia y la obliga a declararse a favor o en contra (ver sentencia 71/1996); mientras que para el juez se presenta la alternativa de seguir una interpretación «adecuadora» (cuando la entienda posible) o elevar la cuestión de constitucionalidad de la norma «viviente». En este último supuesto el juez no estaría forzado a demostrar que ha intentado previamente una interpretación «adecuadora» (sentencia 350/1997).

En consecuencia, la más reciente jurisprudencia muestra una Corte Constitucional empeñada en evaluar la actividad interpretativa de la ley y de la Constitución (y de la primera a la luz de la segunda) que lleva a cabo el juez, evitando ella misma asumir interpretaciones «militantes» (como, en un primer momento, sucedía con las decisiones interpretativas de rechazo), pero reservándose, al mismo tiempo, un papel de intervención «externa» respecto a la interpretación desarrollada por el juez, sobre todo en presencia de un derecho viviente. En efecto, en este caso, la Corte se pronunciará sobre su significado «viviente» y podrá confirmarlo a través de un pronunciamiento de rechazo o declararlo inconstitucional, permitiendo eventualmente, de esta forma, otras posibles interpretaciones de la disposición. Las sentencias interpretativas de rechazo vienen, por tanto, a asumir un peso y una función diversa, a consecuencia del enjuiciamiento del derecho viviente, sirviendo concretamente a favorecer y orientar su propia formación, en los supuestos en los que todavía no se haya verificado su existencia. En algunos casos más recientes, la Corte ha «dejado la puerta abierta», en cierta manera, a la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario¹⁸, procediendo, a través de sus propias decisiones, a eliminar los obstáculos que se hubieran presentado o el carácter rígido de la regla, reconociéndose y solicitando el

18. En una situación de grave retraso o de persistente inactividad del legislador, los jueces ordinarios que son destinatarios de toda una serie de demandas sociales, han de buscar, por tanto, la forma, a través de la aplicación directa de los principios constitucionales, de poner remedio a las omisiones legislativas dando tutela a las nuevas necesidades sociales que no han encontrado amparo en la legislación civil. La aplicación directa de la Constitución no puede, obviamente, significar el reconocimiento a favor del juez del poder de inaplicar, por este motivo, la ley. En efecto, cuando se está en presencia de una ley no conforme a la Constitución y no sea técnicamente posible llevar a cabo, en el sentido analizado, una interpretación «adecuadora» (en cuanto sea ésta excesiva respecto de los poderes reconducibles a la función interpretativa), el juez debe necesaria y obligatoriamente elevar una específica cuestión de constitucionalidad ante la Corte. Por esta razón, la aplicación directa de la Constitución presupone la existencia de cláusulas generales a concretar en su contenido o bien de verdaderos y propios vacíos normativos que deben ser completados aplicando los principios generales del ordenamiento y, con ellos, en primer lugar los principios constitucionales.

poder de valoración del juez caso por caso de conformidad con los principios constitucionales concretados y resaltados por la propia Corte Constitucional. Con esta actuación, como sucedía, en parte, con las ya mencionadas sentencias aditivas de principio, la Corte parece superar definitivamente, destruyendo sus presupuestos, la teoría del carácter programático de algunas disposiciones constitucionales, la cual, en defensa del formalismo jurídico, rechazaba precisamente la aplicación jurisprudencial de disposiciones constitucionales no del todo precisas y, de esta manera, se evitaba que el contenido del principio fuera establecido por el juez caso por caso.

En el año 1998 deben señalarse, al menos dos actuaciones de este tipo que se refieren estrechamente a la función de interpretación de la Constitución por parte del juez y, concretamente, a la aplicación directa de la misma. El primer caso lo constituye la sentencia 11/1998 relativa a la sanción penal prevista para todos aquéllos que rechazaran hacer el servicio militar obligatorio sin haber sido admitidos en el servicio civil sustitutorio. En el supuesto planteado, la petición de admisión al servicio civil no requería contestar si el solicitante había sido entre tanto licenciado por razones físicas.

La ausencia de la respuesta (ya imposible) hacía (absurdamente) aplicable al sujeto la sanción penal allí prevista. La Corte reconoce que esta situación sería inconstitucional, aunque niega que tal inconstitucionalidad sea reconducible a la disposición impugnada y solicita, por tanto, del juez que identifique en otro lugar la solución jurídica del problema de forma que se eviten las consecuencias derivadas de la aplicación de la disposición impugnada. Concretamente, la Corte concluye que «corresponde al juez, a través del pleno ejercicio de los poderes de interpretación de la ley y del derecho, resolver, de conformidad con la Constitución, el problema que plantea la citada laguna normativa».

En cambio, el segundo de los supuestos hace referencia a la hipótesis en la que un marido, tras haber dado su consentimiento a la inseminación artificial de su mujer con semen de un tercero (la denominada inseminación heteróloga) había solicitado, posteriormente, el no reconocimiento de la paternidad del hijo nacido a consecuencia de la inseminación, alegando el artículo 235 del Código Civil. En dicho precepto está efectivamente prevista la posibilidad de no reconocer la paternidad por parte de quien demuestre su estado de impotencia durante el período comprendido entre los trescientos y ciento ochenta días anteriores al nacimiento (situación en la que el marido se encontraba).

La cuestión de constitucionalidad pedía a la Corte declarar inconstitucional el artículo 235 del Código Civil en la parte en la que dicha norma también era aplicable al supuesto del hijo nacido por inseminación heteróloga. La Corte Constitucional consideró que, no obstante su inequívoca formulación literal, el artículo 235 del Código Civil debía entenderse redactado para la hipótesis de hijos nacidos de relaciones adúlteras y, por ello, no susceptible de ser aplicado al caso que se planteaba, con respecto al cual se procedió a concretar los principios constitucionales que se entienden referidos al mismo: la tutela de la persona nacida a consecuencia de la fecundación artificial ya sea en relación con los propios derechos hacia quien se ha comprometido a acogerlo (el cual debe asumir sus propias responsabilidades),

ya sea con los deberes de educación y sostenimiento que gravan a sus progenitores. También en este caso, la Corte concluye su decisión afirmando, de forma muy significativa, que «en la actual situación de carencia legislativa, corresponde al juez buscar en la totalidad del sistema normativo la interpretación idónea para asegurar la protección de los referidos bienes constitucionales» (sentencia 347/1998).

En ambos supuestos, la Corte Constitucional, frente a la comprobada situación de ausencia de normas aplicables al caso específico y concreto que el juez es llamado a resolver, invita al juez a encontrar la solución a través de una aplicación directa de los principios constitucionales indicados por ella misma.

6. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y, EN PARTICULAR, LA INTRODUCCIÓN DE UN RECURSO DIRECTO

En estos últimos años, en Italia, se ha llevado a cabo, en distintos ámbitos, una amplia y articulada discusión sobre la necesidad de una reforma institucional y sobre las modalidades a través de las cuales proceder a una revisión de la Constitución. Durante 1997 fue creada, por ley constitucional 1/1997, una comisión parlamentaria (la denominada Comisión bicameral) con el deber de redactar un proyecto de reforma orgánica de la segunda parte de la Constitución, relativa a la organización del Estado (excluyéndose las referentes a los principios fundamentales y a los derechos y deberes de los ciudadanos). El proyecto fue efectivamente elaborado por la Comisión y trasladado a las Cámaras el 4 de noviembre de 1997, aunque posteriormente a esta fecha no se ha continuado el *iter* parlamentario previsto por la citada ley constitucional.

Las distintas propuestas de reforma, más o menos amplia y orgánica de la Constitución, habían omitido la justicia constitucional, considerando que se trataba de un instituto que ya había dado óptimos resultados, razón por la cual no se consideraba necesaria ninguna modificación. Esta valoración positiva, reiterada también con motivo del reciente proyecto elaborado por la Bicameral¹⁹, tuvo en aquella ocasión, como ha observado el Presidente de la Corte Granata²⁰, el efecto de un *boomerang*, atribuyendo a la misma un número de competencias capaz de poderla asfixiar.

Con la intención de puntualizar los aspectos que más caracterizaban la reforma de la justicia constitucional propuesta en el proyecto de la Bicameral con relación a

19. Para un comentario general del proyecto de la Bicameral relativo a la justicia constitucional, ver ROMBOLI, La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale, en *Diritto Pubblico*, 1997, pp. 833-ss; AA.VV. (edición de Dal Canto), *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Turín, 1998; SPAGNOLI, Il rischio di un giudice costituzionale depotenziato, en *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, *Quaderni del Ponte*, Roma, 1998, pp. 173-ss; CATELANI, La Corte costituzionale, en CARETI (ed.), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padua, 1998, pp. 305-ss; GRASSI, La Corte costituzionale come oggetto e come giudice delle riforme istituzionali, relazione al Convegno in memoria di S. Tosi, Florencia 27 de marzo de 1998; AZZARITI, La Corte costituzionale, en *Seminario sulla revisione costituzionale*, LUISS, Roma, Boletín 18.

20. *La giustizia costituzionale nel 1997*, conferencia de prensa del Presidente de la Corte Renato Granata, Palazzo della Consulta, 11 de febrero de 1998.

las funciones de la Corte Constitucional y a la forma de ejercicio de las mismas —los cuales mantienen todo su interés con independencia de la suerte del mencionado proyecto— éstos hacen referencia a la motivación y a la eficacia de las decisiones y, sobre todo, a los procedimientos de acceso al juicio constitucional.

Por lo que atañe al primer aspecto, frecuentemente han sido arrojadas críticas a las sentencias de la Corte Constitucional por ser éstas argumentadas de una forma poco satisfactoria, imputándolo a varias razones, entre las cuales destaca sobre todo la de la necesaria colegialidad de la aprobación del fallo y de la motivación, sin la posibilidad, que sí es reconocida, por ejemplo, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional español o la Corte alemana, de la opinión disidente. El proyecto preveía, efectivamente, la introducción de la opinión discrepante de los jueces constitucionales; con la modificación del artículo 136 de la Constitución el cual pasaría a afirmar que «las decisiones de la Corte Constitucional son publicadas junto con las eventuales opiniones discrepantes de los jueces».

En relación con la eficacia de las sentencias, en el proyecto elaborado por la Comisión bicameral para las reformas constitucionales se preveía la posibilidad, para la Corte Constitucional, de diferir hasta un año los efectos de las decisiones estimatorias, pero no se consideró introducir en dicha propuesta la facultad de la Corte de limitar los efectos retroactivos de sus propias resoluciones en cuanto que con ello se hubiera producido una derogación, de carácter excesivamente amplia, al principio general que impide aplicar a todas las relaciones todavía «justiciables» las normas declaradas inconstitucionales. Ciertamente una innovación semejante puede ser vista de forma positiva en el sentido que parece poder liberar a la Corte Constitucional de la exagerada preocupación por los efectos de sus propias decisiones estimativas, en perjuicio de los valores constitucionales a tutelar, aunque, por otra parte, no puede impedir que se planteen una serie de interrogantes acerca de la «soportabilidad» de la misma en el sistema de control de las leyes vigente en Italia. Ante todo, una previsión similar comporta el reconocimiento para la Corte de un poder que parece sustraerse a cualquier tentativa de fijación de criterios y premisas, asumiendo las características de un poder absolutamente discrecional, mucho más parecido al del legislador (si bien *ad interim*) que no al de un juez. En otras palabras, este poder al que se hace referencia parece alejar decisivamente a la Corte del método jurisdiccional, conclusión que resulta evidente si pensamos en la obligación del juez (y de la Corte) de motivar sus propias decisiones. En efecto, ¿cómo podría argumentarse la decisión de dilatar los efectos y de hacerlo por tres, seis, nueve o doce meses sino con razones sustantivas? Además, la declaración de inconstitucionalidad con suspensión de los efectos se pone en clara contradicción con el carácter incidental del proceso y del sistema del prejudicialidad constitucional. El juez ordinario que, en espera de la decisión de la Corte, ha suspendido el juicio por considerar que la disposición de ley que debía aplicar pudiese ser contraria con la Constitución, vería, como a pesar de que la Corte ha asumido su duda, debe aplicar en el juicio *a quo* la disposición declarada inconstitucional, a causa de la dilación de los efectos decidida por la propia Corte. Por otra parte, la previsión de una especie de «premio» para el juicio *a quo* hubiera sido difícilmente conciliable con el respeto del principio de igualdad y

sería, de todos modos, particular la situación de una disposición de la que todos conocen su inconstitucionalidad pero que debería continuar siendo respetada como ley del Estado todavía por un año más.

De todos modos, el aspecto más interesante y discutido es el relativo a las formas de acceso y, en particular, a la propuesta de introducir un recurso directo por parte del ciudadano y/o de las minorías parlamentarias.

Para valorar hoy, tras cuarenta años de funcionamiento de la justicia constitucional en Italia, la oportunidad de reconocer al individuo el derecho a recorrer directamente a la Corte, más que a las referencias de derecho comparado²¹, no podría prescindirse de un juicio sobre el grado de tutela efectivamente recibido por los derechos fundamentales del ciudadano a través del sistema de control incidental²², también con el fin de indicar, con claridad, la finalidad que se quiere perseguir con la previsión de un recurso directo. En otros términos, si se quiere con ello superar las indiscutibles «obstrucciones» del sistema incidental o bien se pretende introducir una especie de cuarta instancia jurisdiccional que sirva principalmente para permitir a la Corte pronunciarse en última instancia sobre las sentencias de los jueces.

La introducción de un instrumento tan importante como el recurso directo del individuo, que podría incidir de manera traumática en el equilibrio actual de la Corte Constitucional, no puede producirse, como sucede en el proyecto de la Bicameral, a través de la previsión de un instituto sin rostro, esto es, sin aquellos caracteres que sirvan para indicar con claridad cuáles son los límites y las finalidades que se pretenden perseguir.

El recurso del particular para proteger los derechos fundamentales garantizados en la Constitución plantea, ya desde su misma previsión, algunos problemas para la interpretación del propio concepto «derechos fundamentales» al faltar en nuestro sistema un catálogo expreso de los mismos²³. Sin embargo, lo que parece especialmente ineludible es una disposición que limite las hipótesis de recurso, sobre la base de lo anteriormente dicho, sólo a los supuestos en los que el sistema incidental de control sobre las leyes no pueda ser utilizado, es decir, a las situaciones para las cuales no sea posible llegar al juez a través de la iniciación de un proceso²⁴.

21. En el sentido que esta «inevitabilidad» de introducir en la Constitución el recurso directo de los ciudadanos «deriva de una simple constatación de derecho constitucional comparado»; ver BALDASSARRE, *Una Costituzione da rifare*, Turín, 1998, p. 66.

22. En el Informe sobre la justicia constitucional de 1997, el Presidente Granata subraya, a propósito de la eventual introducción del recurso directo, «la amplitud de tutela ya asegurada en la actualidad, generalmente reconocida, por el acceso incidental».

23. En este sentido, algunos autores han considerado que sería necesaria una fase deliberativa de admisión del recurso, que sirviera para verificar preventivamente si el mismo tiene o no como objeto un derecho fundamental (RUGGERI y SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, 1998, p. 441).

24. La Comisión bicameral había aceptado, en un primer momento, la propuesta de limitar constitucionalmente la posibilidad de recurrir los actos «contra los cuales no se haya dado remedio jurisdiccional», mientras que el proyecto final aparece absolutamente genérico en este tema, haciendo referencia a cualquier comportamiento (incluso omisivo) de los poderes públicos que se considere lesivo de un derecho fundamental del ciudadano y remitiendo a una futura ley constitucional la fijación de las «condiciones, formas y plazos de su propuesta».

También para el recurso de las minorías parlamentarias, en el caso en que se considere necesaria su introducción, parece, por las mismas razones anteriormente indicadas, indispensable que la Constitución prevea expresamente los límites a su ejercicio y sus caracteres esenciales. Por lo que respecta al objeto de la tutela, éste nos lleva rápidamente a pensar en la tutela del denominado estatuto de la oposición, pudiendo ser utilizado el recurso, por ejemplo, para permitir a las minorías impugnar las disposiciones del reglamento parlamentario, o bien los decretos-ley por la falta de los presupuestos constitucionales o la ley de conversión o, incluso, por las mismas razones, la ley de delegación y/o el consecuente decreto legislativo. En cambio, es menos comprensible en el proyecto de la Bicameral la previsión de un recurso de las minorías parlamentarias por la «violación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución», en cuanto que —en la lógica ya indicada de un juicio positivo en relación con el modo de actuar de la justicia constitucional, y, con él, de incidir lo menos posible sobre el equilibrio por ésta conseguido, si no por los aspectos que se han mostrado «descubiertos»— para los derechos fundamentales, ya adecuadamente protegidos mediante el juicio incidental, el recurso directo del particular parecería, en efecto, más idóneo a cubrir los «agujeros» y, al mismo tiempo, suficiente para este fin. Otro elemento que debería ser necesariamente introducido en el texto constitucional es el del carácter preventivo o sucesivo del recurso con respecto a la entrada en vigor de la ley por las importantes consecuencias anunciadas que comportaría una opción semejante (posible uso obstruccionista, efectos en el juicio de constitucionalidad, etc.). En cualquier caso coincido, en general, con todos aquellos que han evidenciado los riesgos, ínsitos en el instrumento analizado, de una excesiva politización o exposición política de la Corte, afirmando que con el recurso de las minorías parlamentarias se viene a abrir no una ventana, sino una puerta a la politización de la Corte²⁵, no pudiendo, al mismo tiempo, compartir la opinión de quien sostiene, por el contrario, la oportunidad de reconocer el instituto discutido, dedicándose más a rebatir la permanencia de las razones que inducen al constituyente a excluirlo que no a la forma en como el juicio constitucional se ha venido concretamente a desarrollar desde entonces²⁶.

Para la necesidad de establecer límites precisos al recurso directo, ver también RUGGERI y SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 442, los cuales proponen que se admita al juicio de la Corte sólo actos contra los cuales no pueda existir ninguna otra forma de impugnación; GRASSI, *La Corte costituzionale come oggetto e come giudice delle riforme istituzionale*, cit., p. 32, nota núm. 46, autor que propone dicha fórmula «para la lesión de derechos fundamentales cuando falten otros instrumentos de tutela jurisdiccional» y CATELANI, *La Corte costituzionale*, en *La riforma della Costituzione*, cit., pp. 315-317, autora que sugiere limitar el recurso a los actos normativos (legislativos o no) con exclusión de las actuaciones jurisdiccionales.

25. Intervención de ELIA en la sesión de la Bicameral el 23 de octubre de 1997.

26. En este sentido, PATRONO, Corte costituzionale, giudizio *a quo* e promovimento del processo costituzionale (note in margine al ricorso diretto alla Corte), en *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, 1990, pp. 13-ss; y, sucesivamente, BIENTINESI, Il ricorso delle minoranze parlamentari alle Corti costituzionali, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 2727-ss.

En relación con el recurso de las minorías parlamentarias a la Corte constitucional, ver, en particular, incluso con referencia a las experiencias de otros países, MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992 y D'ORAZIO, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*, Milán, 1996.

Es difícil pensar que la Corte Constitucional fuera capaz de mantener su propia naturaleza de «juez» una vez que se reconociera la posibilidad de recurrir una ley previamente a su publicación (y si el futuro legislador admitirá esta solución con el evidente riesgo que conlleva de impugnaciones con claros fines obstruccionistas), o inmediatamente después de la misma, cuando ésta no haya encontrado la oportunidad de ser concretamente aplicada y no se haya creado, por tanto, aquel «derecho viviente» que ha asumido en la jurisprudencia constitucional la relevancia por todos conocida.

Siempre en relación con la introducción de un recurso directo, también es útil remarcar como el hecho mismo que el juicio incidental sobre las leyes funcione desde hace cuarenta años y haya producido ciertos resultados que son unánimemente reconocidos, excluye, por ejemplo, que; diversamente de cuanto pudiera haberse decidido en 1947-48, la introducción del recurso directo sirva a la difusión y penetración en la sociedad de los principios y de los valores constitucionales, resultado que considero que ha sido ya amplia y notoriamente conseguido por el actual sistema de control de las leyes.

Un juicio positivo sobre la justicia constitucional y sobre la vía incidental, en particular, habría de conducir, como ya he señalado, a la decisión de prever, eventualmente, el recurso directo sólo para cubrir aquellas áreas que la experiencia ha demostrado escapar del control incidental, es decir, para impugnar actos contra los cuales no se haya reconocido ningún otro medio de tutela, o sea, contra los que no fuera posible proponer la cuestión de constitucionalidad por la vía incidental.

Por el contrario, una aplicación amplia del recurso directo comporta, más allá de las afirmaciones de principio, un inevitable vaciamiento del juicio incidental, con la creación de una especie de cuarta instancia de jurisdicción (de la cual, sinceramente, no veo la necesidad). El previsible alto número de recursos, con los consiguientes problemas organizativos que ello conllevaría para la Corte y el grave riesgo de producirse una importante paralización y, con ella, un retraso en la solución de las causas, junto con la experiencia de otros países, convencen de que el recurso directo es, en realidad, un instrumento esencialmente demagógico²⁷ y propagandístico, como así parecen demostrar recientes estudios de este instituto en relación coste/beneficio²⁸.

Lo anterior puede sostenerse en consideración al hecho que, como escribe Alessandro Pace, «ya no existe —desde el punto de vista de la sensibilidad del derecho constitucional— un juez ‘bueno’ (la Corte Constitucional) y muchos jueces

27. Así PIZZORUSSO, *Relazione di sintesi*, en *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padua, 1998, p. 238, según el cual se trata de una medida fuertemente demagógica, como lo fue, en su día, la admisión del recurso de casación contra todas las sentencias y actuaciones en materia de libertad personal; y PALADIN, *Corte costituzionale: aumentano le funzioni ma il futuro potrebbe portare la paralisi*, en *Guida al diritto 15 novembre 1997*, p. 65, autor que observa como la garantía de los derechos fundamentales, aparentemente enfatizada, acaba, en realidad, por vaciarse.

28. Cfr. TIRIO, «Maschera» e «volto» del ricorso individuale di costituzionalità, en COSTANZO (ed.), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milán, 1995, pp. 127-ss y las ulteriores consideraciones indicadas en esta obra.

'malos' (los jueces ordinarios). Cuanto más penetran los valores constitucionales en la cultura individual de los jueces, más difusa se convierte la tutela de los derechos a cualquier nivel de la jurisdicción»²⁹.

Esta conclusión encuentra su confirmación en la evolución que ha sufrido el sistema de control incidental en Italia y el recurso directo en otras experiencias. Uno y otro, partiendo de presupuestos diferentes, llegan, por lo que respecta a la tutela real de los derechos fundamentales del ciudadano, a una forma de actuar muy similar. En efecto, en el juicio incidental, el control de la Corte (entre abstracción y concreción, autonomía y dependencia del juicio principal), aun teniendo como objeto la conformidad de una ley a la Constitución, se ha llevado a cabo centrándose más en la identificación del supuesto planteado y, con ello, en las consecuencias prácticas de la aplicación de la ley impugnada. Por el contrario, el recurso directo se ha ido utilizando como un medio capaz de garantizar sólo una ocasional y, a menudo, intempestiva tutela al recurrente «concedida, sobre todo, no tanto desde una perspectiva de tutela subjetiva, atendiendo a la gravedad de la lesión, sino desde una óptica, preferentemente, objetiva, en virtud de la mayor o menor idoneidad del supuesto para constituir un «vehículo» para la resolución de cuestiones de interés general»³⁰.

La vía incidental ha representado, como ya se ha advertido, una solución particular entre el sistema de control concentrado y el difuso y ha significado, por parte de los constituyentes, atribuir únicamente a la Corte Constitucional (y no a los jueces, como habría sucedido en un sistema de control difuso de la constitucionalidad) la función de contrapeso respecto del poder político³¹, pero, al mismo tiempo, hacer una apuesta sobre los jueces y su capacidad de recibir y convertirse en intérpretes de los nuevos valores acogidos en la Constitución en cuanto que la capacidad operativa de la Corte Constitucional acababa con la evidente dependencia de la sensibilidad constitucional de sus «porteros».

En la actualidad esta apuesta puede considerarse ganada si es cierto que el juicio en relación con lo realizado por la Corte Constitucional ha sido, sin exclusión, absolutamente positivo y ello gracias a la labor desempeñada por los jueces *a quibus*, en cuanto que la Corte, como ya se ha advertido, ha reproducido efectivamente el papel de la *iurisdictio*, como poder político en forma jurisdiccional, «estableciendo un vínculo con los jueces en la tutela y en la profundización de los derechos constitucionales tanto de libertad como sociales»³².

La vía incidental, y con ella el papel de los jueces en el control de constitucionalidad, viene vaciada por la previsión amplia y sin límites del recurso directo

29. PACE, La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni», en *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padua, 1990, p. 124.

30. TIRIO, «Maschera» e «volto» del ricorso individuale ..., *op. cit.*, p. 163.

31. Para este tema ver, también, SILVESTRI, Giustizia e giudici..., *op. cit.*, p. 137.

32. Así, DOGLIANI, Relazione, en *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Turín, 1997, p. 306.

En relación con la contribución de la magistratura al control de constitucionalidad de las leyes y la incidencia que esta actividad ha tenido en la realización de un determinado modelo de ordenamiento judicial, característico de la experiencia italiana, ver PIZZORUSSO, Intervento al Convegno di Ferrara, *cit.*, pp. 6 -ss (manuscrito) y Le garanzie giurisdizionali: il problema dell'indipendenza del giudice, *cit.*

de los particulares (y también de las minorías) para la protección de los derechos fundamentales, expresión que suena como una valoración no del todo positiva de la tutela dispensada por los jueces y que si no es oportunamente limitado, será dirigido principalmente a las decisiones de los jueces, de tal manera que podría afirmarse que, mientras el juicio incidental está en manos de los jueces, el recurso directo está «contra» los jueces³³.

Una intención similar aparece con mayor claridad en algunas de las enmiendas presentadas por el senador Cossiga durante los trabajos de la Bicameral, en las que se solicitaba extender la competencia de la Corte «al recurso contra las sentencias firmes por violación o falsa aplicación de normas constitucionales» o en las que se sostenía la necesidad del recurso directo del particular atendiendo el «siempre más frecuente abuso de los jueces a la hora del examen (filtro) de cuestiones de constitucionalidad», señalando que «la Corte Constitucional, frente al uso arbitrario del poder judicial que se transforma en lesión de los derechos fundamentales de la persona humana [...] no tiene forma de analizar la cuestión, porque sólo el juez, que en esta hipótesis sería también el autor de la lesión, sería el árbitro de la remisión a la Corte de esta cuestión»³⁴.

El «vínculo virtuoso» entre Corte Constitucional y jueces corre el riesgo de ser interrumpido, y con él el equilibrio al que la misma se ha propuesto llegar en el sistema, en cuanto que el resultado (con respecto a la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano) que actualmente viene conseguido con un trabajo de colaboración entre la Corte y los jueces, sería perseguido por la primera principalmente a través del control de las decisiones de los jueces, los cuales no podrían dejar de considerar esta actuación de la Corte como algo «externo» y sancionador de su propia labor.

Aquella cultura individual de los jueces, a la que se refería Pace en el pasaje anteriormente reproducido, se ha realizado y se forma sobre todo gracias a aquel «vínculo virtuoso» y al papel que el juez ha desempeñado en el control de constitucionalidad de las leyes, que lo ha llevado a enfrentarse con los principios constitucionales, a interpretar éstos y la ley, escogiendo entre todas las interpretaciones posibles, aquella constitucionalmente correcta (la denominada interpretación adecuada) y, en algunos supuestos, a aplicar directamente la Constitución. Por esta razón creo que es necesario reflexionar bien antes de decidir la introducción de instrumentos que, en vez de limitarse a integrar el actual sistema de justicia constitucional, lo modifiquen profundamente, rompiendo el tantas veces reiterado «vínculo virtuoso» entre la Corte y los jueces que ha dado, hasta el momento, excelentes resultados que todos, al menos de palabra, dicen reconocer y apreciar.

Últimamente se ha producido una gran polémica por una intervención aditiva de la Corte Constitucional (sentencia 361/1998) en relación con las pruebas en el juicio penal. La reacción de la clase política ha sido la de lanzar una propuesta de

33. TIRIO, «Maschera» e «volto» del ricorso individuale..., *op. cit.*, p. 164.

34. BALDASSARRE, *Una Costituzione da rifare, cit.*, pp. 69-70.

ley constitucional por la que se impida a la Corte la adopción de sentencias diferentes de las de estimación, rechazo o inadmisibilidad.

Una propuesta semejante ya había sido presentada, y afortunadamente descartada, por la Bicameral. Ésta conduciría a ver la Constitución como parámetro y como fuente del derecho dirigida únicamente al poder político y no como fuente de interpretación de la que deducir la regla aplicable a un caso, anulando, de esta manera, la técnica que ha consentido a los jueces ordinarios, durante estos años, conectarse, con fines interpretativos, a los principios constitucionales y conseguir los excelentes resultados ya expuestos³⁵.

35. Como señala ONIDA (*L'attuazione della Costituzione...*, *op. cit.*, pp. 533-534) negar la validez de la interpretación conforme a la Constitución significaría reducir las normas constitucionales a meros preceptos destinados únicamente al legislador, «a simples parámetros de comparación de la validez de las leyes ordinarias, no susceptibles de ser utilizados con fines diferentes de la reconstrucción sistemática del ordenamiento y de cualquiera de sus partes y de la búsqueda de las reglas aplicables a los supuestos concretos [...] Reducirlo todo a la neta alternativa entre ley inconstitucional [...] y ley no inconstitucional, a interpretar y aplicar según criterios respecto de los cuales los principios constitucionales no pueden jugar ningún papel, significaría amputar a éstos últimos, una parte importante de su capacidad de penetración y de incidencia en el sistema».