

La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia

Roberto Romboli

Catedrático de la Universidad de Pisa, Italia

SUMARIO: 1. LOS CARACTERES DE LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTOS CONDICIONANTES DEL PODER DEL JUEZ ORDINARIO PARA INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN. —2. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DEL JUEZ EN EL PERÍODO 1948-1955.—3. LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA *CORTE COSTITUZIONALE*, LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DESESTIMATORIAS Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.—4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ ORDINARIO: a) A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY (LA GUERRA ENTRE LAS DOS *CORTES* Y LA VALORACIÓN DEL «*DIRITTO VIVENTE*»*).—5. SIGUE: b) A TRAVÉS DEL PODER-DEBER DE PLANTEAR ANTE LA *CORTE* UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.—6. SIGUE: c) A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.—7. LA INTRODUCCIÓN DE UN RECURSO DIRECTO DEL CIUDADANO ANTE LA *CORTE COSTITUZIONALE* Y SU INFLUENCIA SOBRE EL PODER DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ.

1. LOS CARACTERES DE LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTOS CONDICIONANTES DEL PODER DEL JUEZ ORDINARIO CONSTITUCIÓN

Los límites y la eficacia del poder del juez ordinario para interpretar la Constitución inevitablemente dependen, por una parte, de la naturaleza y

Traducción de Rosa VELÁZQUEZ ÁLVAREZ, becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

En la traducción de la expresión *Diritto vivente* se ha utilizado alternativamente el término en italiano y el participio de presente castellano -viviente- en función del mejor encaje en la correspondiente oración. (N. de la T.).

de los caracteres reconocidos a la Constitución y, por otra, del sistema de justicia constitucional preestablecido, una vez afirmada la superioridad formal del texto constitucional respecto a la ley y a los actos con fuerza de ley. Ambos serán eficaces más en el modo en que son interpretados y aplicados en los casos concretos (es decir, en su aspecto «viviente») que como resultantes de su disciplina formal.

Por ello puede parecer oportuna una puntualización, aun cuando reducida a su más mínima expresión, sobre los dos aspectos mencionados con respecto a la situación italiana.

De entre los caracteres de la Constitución debe ser subrayada, para el tema que nos ocupa, la importancia que asume la rigidez de la Carta constitucional y la superioridad jerárquica de la misma respecto a la ley y a los actos normativos a ella equiparados. Eso implica la consecuencia de que, en lo que concierne a las leyes anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, éstas deben ser adaptadas a los nuevos principios constitucionales, mostrando claramente la existencia de un sistema de fuentes como un sistema en movimiento y en continua evolución y la inconsistencia de la idea de un ordenamiento estable y preexistente al momento interpretativo ¹.

Para las leyes posteriores a la Constitución regirá en cambio el principio según el cual la sumisión del juez a la ley opera sólo a condición de que se trate de leyes conformes a la Constitución, lo que implica una necesaria interpretación de esta última por parte del juez llamado a aplicar la ley. De hecho, el haber previsto límites a la actividad legislativa del Parlamento supone que, a diferencia de lo que ocurría durante el período preconstitucional marcado por la absoluta prevalencia del momento «político» de la formación del Derecho, ahora resulta decisiva para el respeto de aquellos límites y, por tanto, para la actuación de los principios constitucionales, la actividad de la Corte Constitucional en estrecha conexión con la de los jueces ordinarios ².

Asimismo, resulta de gran significación el reconocimiento a la Constitución del carácter de fuente del Derecho inmediatamente aplicable por parte del juez ordinario ³, excluyendo por tanto la naturaleza exclusiva

¹ Cfr. al respecto PALADIN *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, págs. 108 y ss.

² PIZZORUSSO, «La magistratura nel sistema politico italiano», en *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, págs. 59 a 61, observa cómo la asignación a la judicatura y a la Corte Constitucional de funciones incluidas en el proceso de creación-actuación del Derecho viene a enmarcarse entre los instrumentos de racionalización del régimen parlamentario monista fundado sobre el principio democrático.

Se ha observado que el carácter rígido determina un mayor poder del intérprete de la Constitución porque mientras que la interpretación de la ley puede ser superada modificando la misma, el procedimiento agravado de reforma constitucional hace mucho más difícil la modificación de la Constitución, motivo por el cual el intérprete termina por ser el verdadero legislador (ZAGREBELSKY, «Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, págs. 915 a 917).

³ Para la colocación de la Constitución entre las fuentes del Derecho y en el vértice de la correspondiente jerarquía, *vid.* en particular las importantes aportaciones de BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, y de CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano,

mente política de la misma, como dirigida principalmente al legislador al que solamente correspondería la tarea de poner en práctica los dictados constitucionales.

En Italia, en vista de la «rebeldía» de la mayoría política en los años siguientes a la entrada en vigor de la Constitución republicana a hacer efectivos los principios en ella contenidos, se elaboró y se impuso la concepción rígidamente normativa de la Constitución, con el fin de conceder a la misma inmediata operatividad, prescindiendo de la intermediación y de la intervención del legislador. Esto ha comportado, en consecuencia, que a la interpretación del texto constitucional se hayan considerado aplicables las mismas reglas elaboradas y seguidas para la interpretación de la ley.

A pesar de todo ello, debe ser subrayada la singularidad de la Constitución en tanto que fuente característica de la producción de un «Derecho por principios», los cuales, por un lado, deben servir para desarrollar una función unificadora para la interpretación de cada ley, a menudo expresión de intereses particulares⁴ y, por otro lado, para guiar al juez en la determinación de la solución específica del caso concreto, frente a una situación de «crisis de la ley», expresión de la dificultad de la misma para prever y regular los casos concretos⁵. Se deriva una indudable dilatación de la función de interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario que hace definitivamente declinar la visión de éste como *bouche de la loi* o como aplicador mecánico de una regla ya enteramente contenida y presente en el dictado normativo⁶.

También en Italia se asiste, a través de la apelación a la Constitución y a los principios innovadores en ella contenidos, a la que en otras latitudes se ha denominado la «revuelta contra el formalismo»⁷, es decir, contra una interpretación formal del Derecho basada en la exigencia de certeza del Derecho y a favor del reconocimiento de la actividad creativa de la interpretación

1952. Actualmente la atribución a la Constitución de la categoría de fuente del Derecho está unánimemente reconocida, *vid.*, entre otros, PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, págs. 380 y ss.; SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1984, págs. 27 a 29; Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, págs. 87 y ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, págs. 315 y ss.

⁴ En este sentido, RODOTÀ, «Magistratura e politica in Italia», en *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cargo de BRUTI LIBERATI, CERETTI y GIASANTI, Milano, 1998, págs. 26 y 27.

⁵ Sobre el tema *vid.* en particular, ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, especialmente págs. 90 y 91; las mismas observaciones han sido después recogidas y tratadas más ampliamente en *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁶ A propósito, *vid.* ahora LUCIANI, «Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)», en *Politica e diritto*, 1998, págs. 365 y ss., especialmente págs. 370 a 371, quien puntualiza el significado que asume el paso del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, apuntando con acierto que «una Constitución por valores, aun cuando confía la tarea de la propia defensa a un juez específico (un tribunal constitucional), exige también del juez común prestaciones hasta el momento desconocidas».

⁷ A propósito, *vid.* para ulteriores indicaciones, TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*. Bari, 1972, págs. 155 y ss.; DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*. Milano, 1982, págs. 29 y ss.; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, págs. 20 y ss.; REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1998, págs. 127 y ss.

con apertura hacia la tutela de nuevas situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor del acto normativo interpretado.

El otro elemento de decisiva importancia para el tema de la interpretación judicial de la Constitución está representado, como se ha dicho, por el sistema de justicia constitucional que un país ha decidido adoptar y que efectivamente ha puesto en práctica con la finalidad de hacer valer la superioridad jerárquica de la Constitución y por lo tanto el respeto de ésta por parte de los actos normativos subordinados y, en particular, de parte de la ley y de los actos con fuerza de ley.

La adopción de un sistema difuso a través del reconocimiento a todo juez de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes provoca que todos los jueces se conviertan necesariamente en intérpretes de la Constitución, debiendo siempre juzgar, aun cuando con efectos circunscritos al caso *sub iudice*, sobre la conformidad a aquélla de la ley a aplicar, mientras en la elección por un sistema concentrado de control de constitucionalidad lleva a la determinación de un órgano *ad hoc* (Tribunal o Corte Constitucional) que asumirá inevitablemente el papel de intérprete privilegiado de la Constitución. Esta última solución podría llevar por tanto a la creación, teórica y también práctica, de dos diversos planos: el de la legalidad, representado por la ley y los actos a ella equiparados, cuya interpretación estaría reservada casi exclusivamente a los jueces ordinarios, y el de la constitucionalidad, en el que la interpretación de la Constitución correspondería, en una situación de monopolio casi absoluto, al juez constitucional. Se realizaría lo que eficazmente se ha designado con la fórmula «a los jueces la ley, a la Corte Constitucional la Constitución»⁸.

En Italia se descartó la solución del sistema difuso dado que la naturaleza fuertemente innovadora del texto constitucional con respecto a la legislación ordinaria heredada del régimen fascista, y desgraciadamente aún en gran parte vigente a causa de la inercia del Parlamento, hizo temer la que se definió como una «explosión normativa» de la Constitución⁹, con la consiguiente excesiva exposición política por parte de la judicatura, quien habría terminado por actuar de «contrapeso» a las opciones políticas del Parlamento¹⁰. A ello se añade la consideración de que la ausencia en nuestro ordenamiento del valor vinculante del precedente habría podido causar, singularmente en un primer momento, una situación de incerteza seguramente peligrosa.

⁸ La expresión es de MEZZANOTTE «La Corte costituzionale: esperienze e prospettive», en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, pág. 160.

⁹ Como indica ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, pág. 167.

¹⁰ Cfr. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, pág. 137, quien considera acertada, por este motivo, la decisión del constituyente de descartar el sistema de control difuso; análogas consideraciones desarrolla también MEZZANOTTE, «Sulla nozione di indipendenza del giudice» en *Magistratura, Come principi costituzionali*, Bari, 1994, págs. 6 y ss.; COSTANZO, «Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità «diffuso» nell'ordinamento italiano», en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, págs. 251 y ss.

La elección de un sistema concentrado, con la consiguiente previsión de una competencia única atribuida a la *Corte Costituzionale*, vio en buena medida atenuados sus efectos por el establecimiento de una iniciativa de «carácter difuso», es decir, reconocida a todo juez que, en el ámbito de su juicio, alimiente una simple duda en cuanto a la conformidad a los principios constitucionales de la ley que está llamado a aplicar en su proceso.

Un reconocimiento de estas características atribuido a todo juez adquiere, en el sistema de justicia constitucional italiano, un significado muy particular, derivado del hecho de que será como consecuencia del ejercicio de tal iniciativa como tendrá lugar, casi exclusivamente, la función de control de las leyes por parte de la *Corte Costituzionale* ¹¹.

Al disponerse las formas de acceso ante la *Corte* de una cuestión de constitucionalidad se descartaron de hecho las hipótesis de recurso directo por parte del ciudadano, como tal o como titular de un interés cualificado, por parte de las minorías parlamentarias o de un procurador de la Constitución ¹². Con ello se ha revalorizado, por tanto, particularmente el papel del juez ordinario y su iniciativa, terminando en esencia por apostar por la sensibilidad del juez hacia nuevos valores constitucionales (en tanto que su insensibilidad habría causado el ejercicio incompleto de la iniciativa a través del pronunciamiento de autos de interposición de cuestiones de constitucionalidad) y por tanto el sustancial vaciamiento del juicio de constitucionalidad sobre las leyes por parte de la *Corte* por falta de materia prima.

La experiencia de los años sucesivos y la aparición de una eficaz sinergia entre *Corte* y jueces han demostrado que esta apuesta puede hoy considerarse vencida y que las diferencias entre sistema difuso y concentrado del control sobre las leyes se han atenuado, en el caso italiano, hasta llegar, en muchos aspectos, a difuminarse y casi a desaparecer.

2. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DEL JUEZ EN EL PERÍODO 1948-1955

La *Corte Costituzionale* no es puesta en funcionamiento hasta una vez llegado el año 1956, entre otros motivos a consecuencia de la actitud obs-

¹¹ El predominio ha sido nítido, en términos numéricos, de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes elevadas en vía incidental por parte de los jueces respecto a las sometidas al examen de la *Corte* como consecuencia del recurso promovido por el Estado frente a leyes regionales, o viceversa, por las regiones contra leyes estatales o de otras regiones.

¹² Para una reconstrucción de los trabajos de la Asamblea constituyente en primer lugar, y más adelante del Parlamento sobre la elección de las modalidades de acceso a la *Corte Costituzionale*, cfr. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981; RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982; ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985; D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

truccionista de algunas fuerzas políticas y de la necesidad de aprobar la legislación constitucional y ordinaria de integración y actuación de todo lo establecido en la Constitución.

El período precedente (1948-1955) se muestra por muchos motivos interesante con respecto a la interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario en tanto que, en virtud de la disposición transitoria VII de la Constitución, las funciones por ella atribuidas a la *Corte Costituzionale* son desarrolladas, durante el período indicado, por parte del juez. Tiene lugar así, aun cuando temporalmente, un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes, en cuya actuación surgen algunos problemas que tendrían (o habrían podido tener) una notable influencia también en el período sucesivo al momento de puesta en funcionamiento de la *Corte Costituzionale*.

El papel del juez en la interpretación de la Constitución en este período, aun cuando se superasen algunos problemas que habrían podido limitar fuertemente la actividad de control ¹³, queda marcado por el hecho de que se trataba de una competencia totalmente nueva, desconocida en el período precedente y además se trataba de una actividad a ejercerse seguramente durante un período limitado de tiempo, dato que no animaba mucho a comprometerse demasiado en la misma.

Un primer problema que se plantearon los jueces, al interpretar el valor y el significado de la Constitución, fue el de escoger entre el efecto derogatorio y el efecto de inconstitucionalidad, es decir, entre considerar la Constitución en tanto que *ius superviniens* que en caso de desacuerdo con las fuentes vigentes anteriormente aprobadas prevalecía en virtud del principio temporal, o bien basarse en la superioridad de la nueva fuente optando por la declaración de inconstitucionalidad.

La elección entre derogación e inconstitucionalidad tiene importantes consecuencias sobre la actividad de interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario.

Adherirse a la tesis de la derogación suponía, sobre todo, considerar que una vez puesta en funcionamiento la *Corte Costituzionale*, ésta habría debido ocuparse solamente de la constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución y no de la constitucionalidad de las leyes anteriores (para las

¹³ Partiendo de la no muy clara formulación de la VIIª disposición transitoria («hasta que no entre en funcionamiento la *Corte Costituzionale*, la decisión de las controversias indicadas en el artículo 134 se efectuará de la forma y con los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución»), se había discutido de hecho si el control de constitucionalidad podía ser desempeñado por los jueces directamente o si bien éstos debían limitarse a elevar la cuestión y suspender el juicio en espera de la puesta en funcionamiento de la *Corte Costituzionale*, e, incluso, si su control debía estar limitado solamente a los vicios formales o de procedimiento o si en cambio debía extenderse a las cuestiones de fondo. La tesis de absoluto predominio se inclinó por un juicio inmediato y que incluye las cuestiones de fondo. En este sentido, FAVARA, «Una legge costituzionale dimenticata», en *Foro pad.*, 1950, IV, págs. 66 y ss.; AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, págs. 176 y ss.; BARILE, *La Costituzione...*, op.cit., pág. 95; SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, págs. 229 y ss.; COSTANZO, «Aspetti tecnici dell'esperienza storica...», op.cit., págs. 250 y ss.

que sólo quedaría el *juicio inter partes* del juez ordinario), con todas las consecuencias que ello habría supuesto para la «*desfascistización*» de nuestra legislación.

En segundo lugar, ello habría significado, en la práctica, considerar a la Constitución al modo de una *lex posterior* más que como una *lex superior*, haciendo así desaparecer, a estos efectos, la distinción entre una Constitución rígida (como la italiana) y una Constitución flexible.

En tercer lugar, hacer referencia al fenómeno de la derogación y en particular de la derogación por incompatibilidad (la denominada derogación implícita) llevaba de modo casi inequívoco a reconocer tal efecto sólo a las disposiciones constitucionales formuladas de modo totalmente específico, susceptibles de ser inmediatamente aplicadas, negando en cambio el valor (en cuanto a su aplicación) a todas aquellas disposiciones que contienen principios y excluyendo para estas últimas el efecto de informar y dirigir la actividad interpretativa del juez.

Éste es el origen de la distinción entre disposiciones constitucionales programáticas y preceptivas (y entre estas últimas entre disposiciones de aplicación directa, indirecta o diferida) llevada a cabo fundamentalmente por la jurisprudencia de la casación de los años 1948-1956. Mientras las primeras se dirigirían exclusivamente al poder legislativo y serían aplicables sólo tras la intervención de actuación por parte de éste, las segundas, si se trataba de preceptivas de aplicación directa, habrían podido producir la derogación de las precedentes disposiciones legislativas.

En el período a que se hace ahora referencia, la mayoría parlamentaria realiza lo que ha sido denominado por CALAMANDREI «obstruccionismo de mayoría» con el fin de no dar actuación y «congelar» las partes más innovadoras de la Constitución¹⁴. La judicatura encuentra ciertamente más cómodo refugiarse en el formalismo jurídico y, por lo tanto, hacer referencia al criterio de derogación, evitando así conflictos con el poder legislativo y alineándose, en cuanto a sus efectos (congelación de la Constitución), con las posiciones de las fuerzas políticas de la mayoría.

La actitud tomada en aquellos años por la judicatura se justifica con la necesidad de determinar un procedimiento gradual en la actuación de la Constitución, «en paralelo con el proceder para la reorganización estatal y con la formación, necesariamente de maduración gradual, del sentimiento colectivo y de la conciencia democrática». Se contempla la Constitución como una «revolución jurídica» que «podría tener resultados extremadamente perjudiciales, de carácter social y privado, en caso de que operase súbitamente, con efectos de ruptura y destrucción de las situaciones anteriores», tenida en cuenta la función puramente negativa del control de constitucionalidad solicitado a los jueces, motivo por el cual «la judicatura debía tener despierto y constan-

¹⁴ Sobre los acontecimientos relativos a la actuación o no de la Constitución italiana de 1947, *vid.* PRZZORUSSO, *La costituzione ferita*, Bari, 1999, págs. 11 y ss. y los autores allí citados.

te el sentido de Estado y de la continuidad de sus instituciones, aun en la mutación de los acontecimientos y las leyes, que es noble tradición del orden judicial»¹⁵.

El balance de la actividad interpretativa de la Constitución por parte de los jueces en los años de control difuso (1948-1955) es por tanto justamente valorado casi unánimemente de modo bastante negativo con respecto a los resultados que aquélla ha aportado para la realización de los valores y principios constitucionales¹⁶, aun cuando, recientemente, algunos estudios han concluido dando un juicio menos severo al respecto¹⁷.

3. LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE COSTITUZIONALE, LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DESESTIMATORIAS Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Una nueva fase para la interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario, se abre en el momento en que, en 1956, la *Corte Costituzionale* comienza realmente a funcionar.

Entre las primeras afirmaciones importantes de la *Corte* se encuentra aquélla que excluye la posibilidad de distinguir en el seno del texto constitucional, entre disposiciones programáticas y preceptivas, debiendo considerarse todas de inmediata validez para el intérprete y esencialmente para el juez. Además, la *Corte* no excluye explícitamente la posibilidad de considerar derogadas (en lugar de inconstitucionales) las disposiciones precedentes que contradigan la Constitución, pero, desde la primera sentencia (nº 1 de 1956), afirma su propia competencia para conocer de la contradicción con los principios constitucionales de las leyes anteriores.

Una afirmación de la *Corte* de extrema importancia para el tema que aquí se trata es la de la que ella, al valorar la cuestión de constitucionalidad interpuesta en vía incidental por el juez, no puede considerarse vinculada por la interpretación de la ley que haya realizado el juez al presentar el in-

¹⁵ Así, EULA, «Magistratura e Costituzione», en *Riv. pen.*, 1956, págs. 339 y ss. El autor ostentaba, en el momento de escribir el fragmento citado, el cargo de primer presidente de la *Corte di Cassazione*. En el sentido de que la distinción entre normas programáticas y preceptivas rindió valiosos servicios antes de la puesta en funcionamiento de la *Corte Costituzionale*, vid. CHICCO, CORONAS, «L'interpretazione giudiziale della Costituzione», en *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, Roma, 1957, pág. 633.

¹⁶ Cfr., entre otros, ONIDA, «L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale», en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, IV, págs. 503 y ss.; SENESE, «Relazione», en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1978, págs. 21 y ss.; BRUTI LIBERATI «La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta», en *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, 1997, III, págs. 141 y ss.

¹⁷ COSTANZO, «Aspetti tecnici dell'esperienza storica...», *op.cit.*, págs. 273 y ss.; BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997, págs. 149 y ss.

cidente de inconstitucionalidad. con ello la *Corte* supera la distinción de planos (de la constitucionalidad y de la legalidad) a que se hacía referencia en el primer apartado y da vida a un tipo particular de decisión que constituyen las sentencias interpretativas desestimatorias.

Este pronunciamiento se funda sobre la distinción entre disposición y norma, según la cual mientras la primera se refiere al texto normativo según lo que se deriva de su expresión literal y prescindiendo de su interpretación, la segunda indica la prescripción que el intérprete extrae de la disposición. A través de esta decisión la *Corte Costituzionale* llega a una declaración que afirma la falta de base de la cuestión de constitucionalidad, rechazando, por tanto, la excepción de inconstitucionalidad, pero indica, en la motivación, aquella interpretación que, según su criterio, es la constitucionalmente correcta¹⁸. De este modo, la *Corte* tiende a obtener, en la situación histórica en la que desarrolla su función, el máximo resultado posible para la adecuación del ordenamiento a los principios constitucionales, facilitando una interpretación de la ley que tiende a adecuar la misma a los principios constitucionales, salvándola al mismo tiempo de la declaración de inconstitucionalidad que habría tenido en cambio el efecto de crear un vacío normativo preocupante, sobre todo en vista de la probada inercia del legislador a intervenir y regular la materia de modo distinto.

Los efectos de la sentencia interpretativa desestimatoria no pueden vincular al juez (quizá ni siquiera al juez *a quo*) para que siga la interpretación propuesta por la *Corte*, asumiendo así esta decisión sólo una fuerza persuasiva con respecto al juez, para quien, sin embargo, según lo que afirma la doctrina dominante¹⁹, si bien no puede apreciarse una obligación «positiva» de usar la interpretación de la *Corte*, sí rige una vinculación negativa de no utilizar la interpretación juzgada inconstitucional por la *Corte* y, en cualquier caso, en esa hipótesis, la obligación sería la de interponer la cuestión de constitucionalidad para permitir que la *Corte* pueda de nuevo pronunciarse sobre ella y, llegado el caso, declare la inconstitucionalidad de la interpretación (es decir, de la norma) usada por el juez (las denominadas sentencias interpretativas estimatorias).

¹⁸ La *Corte Costituzionale*, para señalar que se trata de una sentencia interpretativa, usa en el fallo la fórmula «en el sentido indicado en la motivación».

¹⁹ Sobre los efectos de la interpretación indicada por la *Corte Costituzionale* con respecto al juez *a quo*, o a los demás jueces, *vid.* PIZZORUSSO, «La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, págs. 368 y ss.; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 5ª ed., Padova, 1984, págs. 399 a 400; CUOCOLO, «Corte costituzionale e magistratura», en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, dir.: OCCHIOCUPO, Bologna, 1987, reedición Padova, 1984, págs. 350 a 353; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op.cit.*, págs. 292 y ss.; MORELLI, «Sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale e vincolo di interpretazione del giudizio a quo», en *Giust. civ.*, 1990, I, págs. 2233 y ss.; CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 2ª ed., Milano, 1997, págs. 116 y 117; RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, págs. 198 y ss. Sobre la posición asumida a este propósito por la jurisprudencia constitucional, *vid.* AMOROSO, «L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità», en *Foro it.*, 1998, V, págs. 108 a 110.

A consecuencia de la puesta en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y de los pronunciamientos de la misma, decae inevitablemente, aun no habiendo sido nunca explícitamente rechazada, la jurisprudencia que defendía la tesis de la derogación y la actitud de la judicatura hacia la Constitución se expresa principalmente mediante la decisión de elevar, a través del oportuno auto de remisión, ante la *Corte Costituzionale* las cuestiones de legitimidad constitucional.

En esto la actitud de la *Cassazione* se presenta poco tajante, escasas son inicialmente las cuestiones por ésta interpuestas y habituales las resoluciones de «manifiestamente infundada» que ponen fin a la solicitud de las partes de elevar la cuestión, lo que impide a la *Corte* ejercitar el control sobre tales disposiciones²⁰. En cambio, la parte más sensible de la judicatura, representada principalmente por los jueces más jóvenes, inicia progresivamente a ver en la cuestión de constitucionalidad un modo para liberarse de la sumisión a la ley (cuando ésta sea de dudosa constitucionalidad) y también de la interpretación que de la misma haya realizado la *Cassazione*, favoreciendo así una especie de «alianza» entre la *Corte Costituzionale* (interesada en que le sean sometidas cuestiones de constitucionalidad y así poder proceder a la constitucionalización del ordenamiento) y una parte de la judicatura (aquella más sensible a la concreta realización de los valores constitucionales).

Un momento importante que pone de manifiesto la toma de conciencia por parte de la judicatura, del carácter creativo (y por tanto en cierto sentido político) de la actividad interpretativa del Derecho, así como del significado y del papel que la Constitución podía asumir en la obra interpretativa del juez, se sitúa en las posiciones asumidas por la Asociación Nacional de Magistrados, en el congreso que tuvo lugar en Gardone en 1965. En aquella sede, tras una interesante ponencia introductoria de MARANINI²¹, se aprobó un orden del día en el que se rechazaba la pretensión de reducir la interpretación «a una actividad puramente formal indiferente del contenido y a la incidencia de la norma en la vida del país» y se afirmaba la competencia del juez para: a) la aplicación directa de la Constitución, cuando ello fuese técnicamente posible; b) para remitir al examen de la *Corte Costituzionale* las leyes para las cuales no fuese posible una interpretación conforme («*adeguatrice*»); c) para la interpretación de todas las leyes en conformidad con los principios constitucionales²².

²⁰ Vid., para tales observaciones, PACE, «La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"», en *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, págs. 122 y 123. A propósito véase también CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Milano, 1977, págs. 22 y ss.

²¹ La tesis expresada por el autor puede encontrarse también en MARANINI, «La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza», en *La Giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, págs. 132 y ss.

²² Éste es el texto completo del orden del día aprobado como conclusión de los trabajos del congreso de Gardone: «El congreso afirma que el problema del *indirizzo politico* en el ámbito de la función jurisdiccional no se plantea, obviamente, en los mismos términos de *indirizzo politico* contingente, que

A consecuencia de las afirmaciones de principio más arriba sintéticamente citadas y con la clara intención de devaluarlas, la parte de la judicatura que las sostenía fue designada como «politizada» o «de asalto» y la técnica interpretativa indicada como «uso alternativo del Derecho». Con este último término se pretendía denunciar de hecho a jueces que, en nombre de supuestos principios constitucionales y aplicación directa de los mismos, habrían terminado por inaplicar sustancialmente la ley²³.

Una más atenta reconstrucción, para designar esta técnica interpretativa, se refiere en cambio, de modo mucho más oportuno²⁴, a un «uso constitucional del Derecho», con lo que debe entenderse la actividad del juez dirigida a determinar y seguir entre las diversas interpretaciones abstractamente posibles aquélla que mejor realiza los principios constitucionales, permaneciendo, evidentemente, en los límites impuestos a la obra del intérprete y sin proceder jamás, como inmediatamente explico, a la inaplicación de una ley.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ ORDINARIO: A) A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY (LA «GUERRA» ENTRE LAS DOS CORTES Y LA VALORACIÓN DEL «DIRITTO VIVENTE»)

El poder de interpretación de la Constitución del juez ordinario puede especialmente expresarse, según lo dicho en el orden del día al que más arriba se hacía referencia, en tres situaciones diversas entre sí, aunque estrecha-

corresponde a las fuerzas políticas, titulares de la función legislativa y ejecutiva, sino en términos de tutela del *indirizzo politico-costituzionale*, en tanto que la Constitución ha codificado determinadas opciones políticas fundamentales, imponiéndoselas a todos los poderes del Estado. incluido el judicial y atribuyendo a este último, junto al Jefe del Estado y a la *Corte Costituzionale*, la tarea de garantizar su respeto; subraya que el recto entendimiento de estos principios por parte del juez es necesario con el fin de una cada vez más completa actuación de la Constitución; afirma que corresponde por tanto al juez en posición de imparcialidad e independencia con respecto a cualquier organización política y a cualquier centro de poder, 1) aplicar directamente las normas de la Constitución; 2) remitir al examen de la *Corte Costituzionale*, también de oficio, las leyes que no puedan ser reconducidas al dictado constitucional en el momento interpretativo; 3) interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que representan los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico-estatal. Se rechaza decididamente la concepción que pretende reducir la interpretación a una actividad puramente formal al margen del contenido y la incidencia concreta de la norma en la vida del país. El juez, muy al contrario, debe ser consciente de la relevancia político-constitucional de la propia función de garantía, para asegurar así, aun en los límites no traspasables de su sumisión a la ley, una aplicación de la norma conforme a las finalidades fundamentales fijadas por la Constitución».

²³ Cfr. PIZZORUSSO, *Introduzione a l'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, págs. 31 y ss. Sobre la noción de «uso alternativo del Derecho» véase también NATOLI, «Presentación», en *La magistratura italiana nel sistema politico...* op.cit., v y ss.; GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, 1992, pág. 122; ZAGREBELSKY, *Il diritto misto...*, op.cit., págs. 203 y ss.

²⁴ SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici...*, op. cit., págs. 246 y ss.

mente conectadas: 1) la interpretación de la ley en conformidad con la Constitución; 2) la remisión de una cuestión de constitucionalidad a la *Corte Costituzionale*; 3) la aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, parece conveniente detenerse sobre cada una de estas tres hipótesis ²⁵.

En lo que concierne a la primera («interpretación conforme»), la *Corte Costituzionale*, a través de las sentencias interpretativas desestimatorias citadas, parece claramente querer indicar al juez la posibilidad de llevar él mismo a cabo una interpretación de la ley conforme a la Constitución, sin que ello suponga necesariamente la intervención del juez de las leyes. Tal posibilidad no es aprovechada por los jueces, al menos en un primer momento, también porque sólo a través de la intervención de la «aliada» *Corte Costituzionale* es posible superar las interpretaciones restrictivas suministradas por la *Cassazione* ²⁶.

Por esto sucede que frente a la decisión interpretativa desestimatoria que indica la interpretación constitucionalmente correcta, una parte de los jueces, y específicamente la *Cassazione*, no siguen tal indicación, siguiendo con la interpretación de la ley en el significado excluido por la *Corte*. En estos casos la cuestión vuelve a someterse al examen de la *Corte Costituzionale*, quien en esta nueva ocasión declara la inconstitucionalidad de la interpretación, excluyendo así definitivamente la posibilidad de recurrir a la misma (sentencia interpretativa estimatoria).

La tendencia señalada de someter las cuestiones, por los motivos indicados, al examen de la *Corte Costituzionale*, más que proveer directamente una interpretación conforme hace que en esta fase surja, en cierta medida, una suerte de monopolio de la *Corte* sobre la interpretación de la Carta constitucional ²⁷ y de la ley en conformidad con la misma, lo que daría lugar a la que se ha denominado como la «guerra entre las dos Cortes» ²⁸, es decir, entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* en la interpretación de la ley.

Considero que hay dos casos indicativos que muestran los términos en los que durante los pasados años se ha desarrollado esta «guerra».

El primer caso se refiere a una cuestión de constitucionalidad sobre una disposición del Código de procedimiento penal considerada inconstitucional en la interpretación dada por la casación que impedía el reconocimiento de determinadas garantías procesales constitucionalmente tuteladas. La *Corte Costituzionale* resolvió la cuestión con una sentencia interpretativa de-

²⁵ A conclusiones análogas, trayendo a colación las tesis de CRISAFULLI, llega PALADIN, *Le fonti...*, op. cit. págs. 136 y 137, según el cual las previsiones constitucionales pueden desempeñar una triple función: invalidar cualquier regulación legislativa contradictoria, fijar criterios interpretativos de tales regulaciones e integrar las lagunas del ordenamiento vigente.

²⁶ Para una puntual y lúcida reconstrucción de tales acontecimientos, vid. ONIDA, «L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale...», op. cit., págs. 514 y ss.

²⁷ ONIDA, *ibidem*, pág. 550.

²⁸ La expresión, que luego se generalizaría, es de JEMOLO, en *Astrolabio*, 1965, III. 10. A propósito, vid. particularmente ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra delle due corti»*, Milano. 1973.

sestimatoria, a través de la cual indicaba como constitucionalmente correcta una interpretación de la misma disposición que no impedía el reconocimiento de la garantía (sentencia 11/1965). La *Cassazione*, no considerándose vinculada por tal interpretación, siguió interpretando la disposición en el sentido por ella misma fijado. La *Corte Costituzionale*, cuando de nuevo tuvo que resolver sobre la misma cuestión, declaró en esta ocasión la inconstitucionalidad de la disposición en el sentido en que venía siendo interpretado por la *Corte di Cassazione* (sentencia 52/1965). A pesar de ello, el enfrentamiento entre ambos tribunales continuó a raíz de que la *Corte di Cassazione* consideró el fallo de la *Corte* en cualquier caso no aplicable a los litigios *subiudice*, aun cuando aquélla se había expresado en sentido opuesto (sentencia 127/1966).

El segundo caso trataba sobre la naturaleza jurídica de las comisiones tributarias consideradas en jurisprudencia constante de la casación como órganos jurisdiccionales. La *Corte Costituzionale* afirmó la naturaleza administrativa de las mismas (sentencias 6 y 10/1969), interpretación no aceptada por la *Cassazione*, quien reafirmo su propia posición al respecto. La controversia se superó gracias a una intervención legislativa que proveyó una regulación totalmente nueva de la materia, sobre la base de la naturaleza jurisdiccional de las comisiones tributarias.

La situación de «guerra» se superó más adelante, en los años 1981-1983, a través de la referencia en la jurisprudencia constitucional a la noción de «*Diritto vivente*», es decir, a la ley tal y como es interpretada y aplicada en la jurisprudencia.

La *Corte Costituzionale* ha hablado a este respecto de «aproximación interpretativa prácticamente unánime en la jurisprudencia» o de «solución interpretativa generalmente aceptada» (sentencia 110/1997), de «consolidada jurisprudencia de la casación» (sentencia 206/1997) o de «jurisprudencia dominante» (sentencia 110/1995), mientras que recientemente ha excluido que puedan constituir «*Diritto vivente*» los usos o directivas administrativas (Auto 188/1998). Más en concreto ha sido subrayado, también en las reconstrucciones del concepto realizadas por la doctrina²⁹, que no es suficiente una decisión, ni aun siendo de la casación para determinar el nacimiento de «*Diritto vivente*», sino que es precisa una jurisprudencia constante también de los jueces de instancia, aun cuando junto al aspecto cuantitativo es preciso tener en cuenta, como ha subrayado el actual Presidente de la *Corte Costituzionale* Granata³⁰, también el aspecto cualitativo y, por tanto, esen-

²⁹ Para una amplia elaboración de la noción de «*Diritto vivente*», vid. PUGIOTTO. *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, y para un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, vid. MORELLI. «Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale», en *Giust. civ.*, 1993, II, págs. 169 y ss.; PUGIOTTO, «La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici» y «Il riferimento al diritto vivente», en *Foro it.*, respectivamente 1995, I, págs. 474 y ss., y 1998, V, págs. 366 y ss.

³⁰ GRANATA, «Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo erroneo e controllo di legittimità. Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale», en *Foro it.*, 1998, I, pág. 18.

cialmente la jurisprudencia de la casación. Nada impide obviamente que el «*Diritto vivente*», aun estando ya formado, pueda, a consecuencia del pronunciamiento de decisiones de signo interpretativo distinto, ser interrumpido y por lo tanto deje de existir³¹.

La referencia al «*Diritto vivente*» en el juicio constitucional de las leyes activado en vía incidental —mientras concede al mismo un mayor grado de concreción a través de la conexión con la disposición en el sentido en que efectivamente ha sido entendida por la jurisprudencia— constituye para la *Corte Costituzionale* un dato objetivo a asumir como tal y a colocar en la base del juicio de constitucionalidad. Éste sería, por tanto, a juicio de algunos, el objeto del juicio de constitucionalidad (y no técnica de enjuiciamiento) y por tanto indisponible para el juez de las leyes³².

Por lo que concierne en cambio a la posición del juez ordinario, éste se encuentra en la diatriba de, ante un «*Diritto vivente*» de cuya conformidad con la Constitución crea duda, o bien realizar, si lo considera posible, una interpretación conforme que supere las dudas de constitucionalidad o bien elevar la cuestión de constitucionalidad sobre la disposición en el significado derivado de la interpretación dominante. En este segundo caso la *Corte Costituzionale* podrá rechazar la cuestión confirmando el «*Diritto vivente*» o bien declararlo inconstitucional.

En la jurisprudencia constitucional más reciente se ha afrontado a menudo el tema relativo a las relaciones entre la actividad interpretativa que debe considerarse propia de la actividad del juez y la de la *Corte Costituzionale*, en el marco del juicio de constitucionalidad de las leyes activado en vía incidental.

Así, por recordar algunas de las posiciones asumidas por la *Corte*, ésta ha excluido la posibilidad de elevar cuestiones hipotéticas de tipo interpretativo³³ o ambiguas en las que el juez suministra dos posibles interpretaciones diversas de una misma disposición, sin proceder a elegir entre las dos (Sentencias 129/1993; 44; 45; 319/1994 y 73/1995)³⁴. La *Corte* ha excluido, incluso, en ausencia de «*Diritto vivente*», la posibilidad de impugnar una interpreta-

³¹ A este respecto ha sido señalada por algunos (ONIDA, «Il problema dell'interpretazione nei rapporti tra il giudizio costituzionale ed i giudizi ordinari», en *Riforme della Costituzione e cultura giuridica*, dir.: PIZZORUSSO, Pisa, 1998, págs. 17 y ss.) la excesiva consideración del «*Diritto vivente*», pudiendo ello empujar al juez a ser acomodaticio con las interpretaciones seguidas por la jurisprudencia dominante y crear una especie de allanamiento en favor de la jurisprudencia de la casación, con el riesgo de crear una suerte de jerarquización del poder judicial. Otros, al contrario, (PUGIOTTO, «La problematica del «*Diritto vivente*», op. cit., págs. 474 y 475) han considerado el riesgo mencionado inconsistente, al existir la libertad de interpretación reconocida por la Constitución a todo juez y el carácter necesariamente «difuso» del «*Diritto vivente*».

³² PUGIOTTO, *Il riferimento al Diritto vivente...* op.cit., págs. 366 y ss.

³³ A propósito de una cuestión interpuesta con relación a una disposición «si se interpretase como a menudo sucede y como su formulación literal parece consentir» en su significado disconforme con la Constitución, vid. *Corte Costituzionale*, auto 481/1994.

³⁴ La *Corte* expone en estos casos que es tarea específica del juez efectuar la elección por una u otra opción interpretativa y proponer la cuestión de modo no alternativo (sentencias 207/1993, 227/1994).

ción de la disposición que no se comparta, siendo ese un problema interpretativo de competencia del juez, extraño al juicio de constitucionalidad que está en cambio destinado a eliminar las normas viciadas y no a valorar la incerteza en orden a la aplicación de las mismas. La *Corte* ha entendido, y en diversas ocasiones reafirmado, que el juicio de constitucionalidad de las leyes no puede ser utilizado por el juez con el objetivo de hacer prevalecer una interpretación respecto a otra (sentencias 410, 427/1994, 82/1995, 101, 405/1996)³⁵.

La tendencia que surge de modo claro de la más reciente jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* tiene nítidamente el sentido de instigar al juez a hacer uso de sus propios poderes con el objetivo de sopesar, preventivamente, si existe la posibilidad de superar las dudas de constitucionalidad a través de una interpretación conforme de la disposición *legislativa que haga a la misma acorde a los principios constitucionales*. La *Corte* ha sostenido, de hecho, que el juez debe hacer uso de los propios poderes interpretativos en todas las ocasiones en las que una cuestión de constitucionalidad pueda ser resuelta a través de una interpretación conforme a la Constitución, ya que una ley se declara inconstitucional no porque sea posible interpretarla inconstitucionalmente sino porque es imposible atribuirle interpretaciones constitucionales (sentencia 356/1996).

La necesidad de experimentar previamente la posibilidad de superar la duda de constitucionalidad a través de interpretaciones conformes se ha configurado, por tanto, para el juicio incidental, como una ulterior condición impuesta al juez para poder elevar una cuestión de constitucionalidad; condición que viene a añadirse a la de la relevancia (con la que en algunos casos se confunde) y la de no ser manifiestamente infundada previstas por la ley³⁶. Se hace excepción de tal condición, por las razones vistas, en el caso en que sobre la disposición impugnada se haya formado «*Diritto vivente*», en cuyo caso, como se ha señalado, el juez puede elevar la cuestión de constitucionalidad aun cuando considere que sea posible enunciar una interpretación conforme.

La jurisprudencia más reciente muestra, por tanto, una *Corte Costituzionale* empeñada en dar valor a la actividad interpretativa de la ley y de la

³⁵ A menudo ha expuesto la *Corte* que debía considerarse equivocada o técnicamente impracticable la premisa interpretativa de la que partía el juez, procediendo a corregirla (sentencias 87, 99, 237, 259/1997, 3, 65, 347, 457/1998).

³⁶ Cfr. ONIDA, «Il problema dell'interpretazione nei rapporti tra il giudizio costituzionale ed i giudizi ordinarî...», *op.cit.*, págs. 17 y ss. Jurisprudencia constitucional en este sentido: *Corte costituzionale* 121, 149, 255, 410, 443/1994; 499/1995; 2, 307, 356, 389, 436/1996; 99, 290, 360, 361/1997; 147, 269, 340/1998. Señalan el carácter aún oscilante al respecto de la jurisprudencia constitucional MORELLI, «L'anomalia delle «interpretative di rigetto» tra equivoci e timidezze del giudice a quo e supplenze della Corte costituzionale», en *Giust. civ.*, 1994, I, 2086; AMOROSO, «L'interpretazione «adeguatrice»...», *op. cit.*, págs. 91 y ss.; GIUSTI, «I mobili confini tra la questione di costituzionalità e le questione —inammissibili— (meramente) «interpretative» o di «merito legislativo»», en *Il giudice e la Costituzione*, encuentro de estudio organizado por el *Consiglio superiore della magistratura*, Frascati 11 al 13 de diciembre de 1997, en prensa.

Constitución (y de la primera a la luz de la segunda) por parte del juez, evitando asumir ella misma «interpretaciones militantes» (como sucedía con las decisiones interpretativas desestimatorias de la primera época) pero reservándose un papel de intervención «externo» respecto a la interpretación llevada a cabo por el juez, sobre todo ante la existencia del «*Diritto vivente*»³⁷. En tal caso la *Corte* se pronunciará de hecho sobre la disposición en su sentido «viviente» y podrá confirmarlo a través de un pronunciamiento de desestimación o bien declararlo inconstitucional, permitiendo así eventualmente otras posibles interpretaciones de la disposición. Las sentencias interpretativas desestimatorias asumen por tanto un peso y papel diverso a consecuencia de que se haya tenido en cuenta el «*Diritto vivente*», favoreciendo y dirigiendo singularmente la formación del mismo, en las hipótesis en las que ello aún no haya tenido lugar.

5. SIGUE: B) A TRAVÉS DEL PODER-DEBER DE PLANTEAR ANTE LA CORTE UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Un segundo momento en el que el juez es puesto en la circunstancia de deber interpretar la Constitución es aquél en el que considerando que no puede «salvar» la disposición de cuya constitucionalidad duda, a través de una interpretación conforme, eleva la cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale*

El papel asignado al juez de abrir la puerta al juicio constitucional (el «portero» de la *Corte*, según la afortunada expresión de CALAMANDREI) ha provocado que éste fuese puesto inmediatamente en contacto con los nuevos valores constitucionales, favoreciendo también su penetración en la sociedad. Ello ha tenido inevitablemente, una influencia como ya se ha dicho en parte, también sobre el poder de interpretación del juez y sobre el modo en que éste lo ha ejercido, poniendo al juez en contacto con el pluralismo de los valores expresados por el texto constitucional y ampliando, por tanto, los poderes interpretativos y el carácter creativo de la relativa actividad. La atribución al juez ordinario de una función semejante en el juicio de las leyes ha contribuido sin duda y de modo determinante a la formación democrática y a la elevación cultural de la judicatura³⁸, reforzando además su posi-

³⁷ Para la afirmación según la cual la *Corte Costituzionale*, frente al «*Diritto vivente*», renuncia a las propias interpretaciones «militantes» y se somete a las que emergen de la jurisprudencial, sobre las cuales se desarrolla un control «externo» que puede resolverse a favor de la interpretación dominante o bien a favor de aquella propuesta por el juez *a quo*, *vid.* ZAGREBELSKY, «La dottrina del *Diritto vivente*» en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, 1988, págs. 110 a 113.

³⁸ ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 505, pone de relieve que «no es exagerado decir que es al papel atribuido a los jueces de plantear incidentalmente las cuestiones de constitucionalidad sobre las leyes al que hay que achacar en gran medida la mejora cultural y política que ha tenido

ción de independencia, ya sea en las relaciones con los demás poderes del Estado, ya sea en el seno del poder judicial ³⁹.

La integración, a consecuencia del carácter rígido de la Constitución, del principio de sumisión del juez a la ley con el de sumisión a la ley «si conforme a los principios constitucionales», impone al juez el desarrollo, antes de aplicar la ley, de un previo juicio aun cuando sumario y preliminar, sobre la existencia, incluso sólo como duda, de vicios de constitucionalidad. El juez está obligado en estos casos a plantear de oficio la cuestión de constitucionalidad y, cuando una de las partes especialmente lo reclame, a suministrar una respuesta motivada sobre las razones que le inducen a no someter la cuestión a la *Corte* ⁴⁰.

Ello supone la realización de una especie de control difuso sobre la constitucionalidad de la ley, si bien en vía de primer y sumario examen y con efectos limitados *inter partes*.

La posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad ha afinado indudablemente las potencialidades interpretativas del juez ordinario con respecto al texto constitucional —favoreciendo además el surgimiento de un espíritu crítico hacia la ley y el Parlamento, considerados en el período precedente como omnipotentes y absolutamente intocables— y las resoluciones de remisión de cuestiones de constitucionalidad a la *Corte* por parte de los jueces han ido progresivamente aumentando en número y en calidad de la motivación que las fundamenta, especialmente en el período siguiente al mencionado congreso de Gardone. A menudo los autos de remisión resultan amplia y profusamente motivados en lo que se refiere al requisito de no ser [cuestiones] «manifiestamente infundadas», a través de específicas y articuladas interpretaciones del principio o principios constitucionales invocados como parámetro, en tal medida que da la impresión de que el juez se haya formado una precisa convicción (más que una simple duda) sobre el contraste entre la disposición impugnada y la Constitución.

Tal entrelazamiento entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución hace por tanto evaporarse en gran medida la distinción-contraposición entre sistema concentrado y sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes ⁴¹.

lugar en los pasados años en la judicatura de nuestro país y que ha hecho de ella una fuerza viva en el conjunto de la organización constitucional».

³⁹ En sentido contrario, partiendo de un concepto diverso de independencia del juez y atribuyendo a la misma un significado distinto, *vid.* MEZZANOTTE, «Sulla nozione di indipendenza del giudice» en *Magistratura, Csm e principi costituzionali...*, *op. cit.*, págs. 6 a 97, quien señala que la independencia del juez, ante el impacto de los valores constitucionales, se convierte en su contrario: garantía de politicidad del juez en nombre del pluralismo, dejando así de ser sinónimo de imparcialidad para transformarse «en salvaguarda de libertad ideológica, casi sinónimo de libre autodeterminación del juez, conquistada a través del uso de la técnica jurídica y protegida por las formas de la jurisdicción».

⁴⁰ El artículo 24 de la Ley 11 de marzo de 1953, n. 87, establece de hecho que «el auto que rechace la excepción de ilegitimidad constitucional por manifiesta irrelevancia o manifiestamente infundada, debe estar adecuadamente motivado».

⁴¹ En este sentido, *vid.* ONIDA, «L'attuazione della Costituzione», *op. cit.*, pág. 514; GARDINO CARLI, *Giudici e Corte Costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Milano, 1988, págs. 82 y ss.

Esta conclusión parece aún más apreciable si pensamos en el hecho de que el juez ordinario, más allá de la descrita función de «portero», resulta a menudo ser también el más directo destinatario de las decisiones de la *Corte Costituzionale*. Basta pensar en las sentencias interpretativas desestimatorias, de las que he hablado, pero asimismo en las decisiones procesales de retrotraer las actuaciones (o en ciertos casos de inadmisibilidad), en las sentencias «manipuladoras» aditivas, en las denominadas aditivas de principio, de las que se hablará más adelante. Por ello es muy importante, diría decisivo, la relación que se instaura entre la *Corte Costituzionale* y los jueces comunes, porque si esta relación es de colaboración, ello supondrá que el juez percibirá la sentencia de la *Corte* como algo en parte «propio» y no como una intervención que le viene del exterior y que se coloca en posición de control o incluso de sanción sobre la actividad del juez.

Los óptimos resultados, unánimemente reconocidos, alcanzados en estos más de cuarenta años de la *Corte Costituzionale* italiana en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes y de la tutela de los derechos fundamentales de la persona garantizados por la Constitución, deben ser atribuidos al modo en que el conjunto del sistema de justicia constitucional ha operado en Italia y, por tanto, en cuanto al juicio sobre las leyes en vía incidental, a la sinergia y a la conexión «virtuosa»⁴² que se ha creado entre la *Corte Costituzionale* y los jueces comunes en la interpretación de la Constitución y de los principios allí expresados.

6. SIGUE: C) A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Un momento posterior significativo en el que se expresa la interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario y que reduce aún más la situación de monopolio de la *Corte Costituzionale* sobre tal actividad, es el relativo a la aplicación directa de la Constitución por parte del juez (*Dritt-wirkung*). Ello presupone una concepción de la Constitución vista no solamente como una posición de «defensa» con respecto a las intervenciones positivas del legislador perjudiciales para intereses constitucionalmente tutelados, sino también como acto normativo que puede ser utilizado, además y sobre todo, en caso de inercia y omisiones del legislador⁴³ y también en las relaciones entre privados. Es decir, la posibilidad de que entre privados se invoquen los principios constitucionales para juzgar el ejercicio de la li-

⁴² La expresión es de DOGLIANI, «Relazione», en *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, dir.: PANIZZA, Torino, 1997, pág. 306.

⁴³ Sobre el tema recientemente, vid. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998.

bertad, controlar las manifestaciones del poder y juzgar la misma validez de los productos de la autonomía de la voluntad ⁴⁴.

En una situación de grave retraso o inercia del legislador los jueces ordinarios (como por supuesto también la *Corte Costituzionale*) se han encontrado siendo destinatarios de toda una serie de demandas sociales ⁴⁵ y por tanto han intentado, a través de la aplicación directa de los principios constitucionales, poner remedio a las omisiones legislativas tutelando las nuevas exigencias sociales que no encontraban reconocimiento en la legislación civil.

Por lo que concierne en cambio a las relaciones entre el juez ordinario y la *Corte Costituzionale*, la posibilidad de una aplicación directa de la Constitución por parte del primero aumenta y es incentivada en mayor medida siempre que la segunda tiende a dialogar con el legislador desatendiendo los efectos de las propias sentencias sobre el juicio principal ⁴⁶.

La aplicación directa de la Constitución, como ya he dicho anteriormente a este respecto, no puede obviamente significar el reconocimiento al juez del poder de inaplicar por esto la ley. En el momento en que ante una ley efectivamente discordante con la Constitución no sea técnicamente posible (en tanto que sea exorbitante de los poderes aparejados a la función interpretativa) una interpretación conforme a la Constitución, el juez deberá, necesaria y obligatoriamente, proceder a plantear la consiguiente cuestión de constitucionalidad ante la *Corte*. La aplicación directa de la Constitución presupone por tanto la existencia de cláusulas generales a especificar en su contenido o bien de verdaderos vacíos normativos a colmar aplicando principios generales del ordenamiento y por tanto, *in primis*, los principios constitucionales ⁴⁷.

Muchos han sido los supuestos, y relativos a diversos sectores del ordenamiento, en estos años de aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes. En esta sede no cabe una exposición completa y exhaustiva de tales casos, para la cual sólo puedo remitir a las específicas investigaciones en la materia ⁴⁸, por lo que me limitaré aquí a señalar, a modo

⁴⁴ Cfr. ALPA, BESSONE, CARBONE, *A tipicità dell'illecito*, Milano, 1993, pág. 10. A propósito, *vid.* también PERLINGERI, «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», en *Ras. dir. civ.*, 1980, págs. 95 y ss.

⁴⁵ Para tales observaciones, *vid.* PISANESCHI, «La Corte costituzionale ed il danno alla salute: considerazioni in merito all'operatività dell'art. 32 Cost. nell'attuale sistema di responsabilità civile», en *Giur. cost.*, 1987, I, págs. 1083 y ss.; RODOTÀ, «Magistratura e politica in Italia» ..., *op. cit.*, pág. 27.

⁴⁶ Para la afirmación según la cual, frente a decisiones de la *Corte Costituzionale* que resuelven la cuestión en el plano meramente procesal y crean para el juez una preclusión de replantear la misma cuestión de constitucionalidad, el juez *a quo* debería ser considerado legitimado para desarrollar él mismo la constatación de la constitucionalidad de la ley, con efectos limitados al juicio *a quo*, *vid.* PIZZORUSSO, «Verfassungsgerichtsbarkeit' o 'Judicial review of legislation'?, en *Foro it.*, 1979, I, págs. 1933 y ss.

⁴⁷ Cfr. en particular, ONIDA, «L'attuazione della Costituzione...», *op. cit.*, págs. 550 y ss.

⁴⁸ Véanse, entre otros, ONIDA, «L'attuazione della Costituzione...», *op. cit.*, págs. 573 y ss.; SENESE, «Relazione», *op. cit.*, págs. 28 y ss.; NANIA, *Il valore della Costituzione...*, *op. cit.*, págs. 80 a 84; ZAGREBELSKY, «La dottrina del diritto vivente», *op. cit.*, págs. 110 y ss.; PERLINGERI, «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», *op. cit.*, págs. 110 y ss.; MORELLI, «L'applicazione diretta della Costituzione nei

de ejemplo, algunos de los sectores en los que la aplicación directa de la Constitución ha tenido mayor y más difundido uso.

En el ámbito de los derechos de la persona ha tenido un papel importante sobre todo la referencia al artículo 2 de la Constitución que tutela «los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad» y exige «el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad». Tal disposición ha sido prevalentemente interpretada como una formulación «abierta», que puede referirse, en la parte relativa a la tutela de los derechos inviolables, también a aquellos derechos de la personalidad que han sido denominados como «derechos nuevos», en tanto que la exigencia de su tutela ha surgido tras la entrada en vigor de la Constitución a consecuencia de la evolución de las costumbres y del desarrollo de las ciencias (por ejemplo, las situaciones ligadas a actos de disposición del propio cuerpo, a la tutela de los derechos del nombre o, más recientemente, al denominado derecho al olvido). En lo que concierne al deber de solidaridad, la referencia al artículo 2 de la Constitución ha sido a menudo esgrimida como integrativa de relaciones entre particulares. Aun en el ámbito de los derechos de la persona y de las formaciones sociales el juez ha hecho en diversas ocasiones aplicación directa de la Constitución del principio de igualdad material, contenido en el artículo 3.2 de la Constitución, del artículo 15 de la Constitución con respecto a la tutela de la intimidad, de los artículos 17 y 18 de la Constitución a propósito de las libertades de reunión y de asociación.

Uno de los campos en los cuales se ha dado con bastante frecuencia la aplicación directa de principios constitucionales ha sido el del derecho del trabajo, para el cual, además del artículo 4 de la Constitución (derecho al trabajo), se ha hecho a menudo aplicación directa del artículo 36.1 de la Constitución, para la determinación en concreto del monto de la retribución, del artículo 36, apartados 2º y 3º, respectivamente, para la duración de la semana laborable, el derecho al descanso semanal y a las vacaciones anuales, del artículo 37 en relación con la posición de la mujer trabajadora y la tutela del trabajo de menores, del artículo 40 con referencia al ejercicio del derecho de huelga.

En el ámbito de los derechos sociales ha sido frecuente la aplicación directa por parte de los jueces ordinarios del artículo 32 de la Constitución sobre la tutela del derecho a la salud y ha sido con base en la aceptada aplicabilidad directa del mismo en las relaciones entre particulares⁴⁹ como se ha llegado al reconocimiento del denominado daño biológico, es decir, de la responsabilidad civil y la obligación de indemnización no solamente por

rapporti interindividuali», en *Giust. civ.*, 1996, II, págs. 539 y ss.; PALADIN, *Le fonti del diritto*, op. cit., págs. 134 y ss.

⁴⁹ Cfr. fundamentalmente Corte cost. 184/1986, en *Giur. cost.*, 1986, I, 1430, que, para el reconocimiento del denominado daño biológico, ha reconocido explícitamente que el artículo 32 de la Constitución integra, completándolo, el artículo 2043 del Código civil.

los daños patrimoniales en sentido estricto, sino para todos los daños que, al menos potencialmente, obstaculizan la actividad de desarrollo de la persona. También frecuente ha sido la directa aplicación del artículo 38 de la Constitución sobre los problemas inherentes a la asistencia social y a los seguros laborales obligatorios. Finalmente, la Constitución ha tenido una serie de aplicaciones directas en conexión con las garantías del proceso y el derecho a la defensa, por ejemplo relativas al artículo 13 de la Constitución, sobre las limitaciones de la libertad personal, artículo 24 de la Constitución, derecho a la defensa a cualquier nivel y en todo grado jurisdiccional, artículo 111 CI*, sobre el recurso de casación contra resoluciones judiciales, artículo 113 CI sobre la justicia administrativa.

Una forma particular de aplicación directa de la Constitución se puede ver en el caso de una fuente secundaria (reglamento independiente) que, por ausencia de una ley que no se coloca en posición intermedia, viene a situarse en contacto directo con la Constitución, que, por tanto, asume el papel y función de la ley a efectos del control, por parte del juez ordinario, de los vicios de contravención de la ley⁵⁰.

Algunos casos más recientes de aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario han sido abiertos en cierta medida por la *Corte Costituzionale*, quien ha procedido a eliminar los obstáculos que de diverso modo se habrían situado frente a una aplicación directa o el carácter rígido de la regla, reconociendo y demandando el poder de apreciación del juez caso por caso, sobre la base de los principios constitucionales, determinados y subrayados por la propia *Corte Costituzionale*. De este modo, la *Corte* parece haber superado definitivamente, destruyendo sus premisas, la teoría del carácter programático de ciertas disposiciones constitucionales que, en defensa del formalismo jurídico, tendía precisamente a excluir la aplicación jurisdiccional de las disposiciones constitucionales no completamente determinadas y a evitar que el contenido del principio fuese establecido por el juez caso por caso⁵¹.

Un primer grupo de resoluciones a través de las cuales la *Corte Costituzionale* ha realizado la denominada «apertura» a la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario, lo constituye un nuevo tipo de pronunciamiento, denominado «aditiva de principio». La *Corte*, acorralada entre la necesidad de respetar y no invadir el campo reservado a la discrecionalidad política del legislador y la de no descuidar su propio papel de garante del respeto a los principios constitucionales, ha recurrido a este tipo de decisiones a través de las cuales, a diferencia de las sentencias manipuladoras, la *Corte* no introduce una regla autoaplicativa, inmediatamente operativa, sino que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada,

* CI: Costituzione italiana 1948 (N. de la T.).

⁵⁰ DOGLIANI, *Interpretazioni...*, op. cit., págs. 70 y 71.

⁵¹ En este sentido, DOGLIANI, *Interpretazioni...*, op. cit., págs. 29 y ss.

limitándose así a fijar un principio general que debe ser actuado a través de una intervención del legislador, pero al cual puede referirse ya el juez, dentro de ciertos límites, en la decisión de casos concretos.

Sobre la finalidad y el campo de aplicación de tal nuevo modelo de decisión, los últimos dos presidentes de la *Corte Costituzionale* han aclarado que «en general la *Corte* adopta decisiones aditivas de principio, cuando a la ilegítima inercia del legislador corresponde una discrecionalidad en la erogación de la prestación denegada» y que «tal discrecionalidad puede reconocerse también en el caso de negación de regulación que corresponda a libertades fundamentales» (Pres. Ferri). Además, se ha precisado que con tales decisiones «se declara la ilegitimidad constitucional de la inexistente previsión de un mecanismo idóneo para hacer efectivos los derechos en cuestión, dejando sin embargo al legislador el poder de determinar tal mecanismo en líneas abstractas y *habilitando así al juez común a derivar la regla del caso concreto del principio expresado por la Corte*» (Pres. Granata, cursiva mía).

No pudiendo la *Corte* imponer en general una solución, cuando son posibles diversas opciones, todas ellas constitucionalmente posibles, ésta solicita al juez que resuelva el caso concreto sobre el cual debe juzgar, aplicando directamente los principios constitucionales indicados en la sentencia, que, principalmente, han venido siendo estimatorias (Sentencias 78, 138, 243/1993; 218, 288/1994)⁵², y en casos concretos también desestimatorias⁵³.

En el curso del año 1998 hay que señalar dos interesantes intervenciones de la *Corte Costituzionale* que se refieren estrictamente a la función de interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario y, en manera particular, a la aplicación directa de la misma de la que ahora he hablado.

El primer caso es el constituido por la Sentencia 11/1998 relativa a la sanción penal prevista por aquéllos que rechazan el servicio militar sin haber sido admitidos en el servicio social sustitutorio. En el caso, no había recaído resolución alguna sobre la solicitud de admisión en el servicio civil ya que el solicitante había sido excluido en el ínterin por motivos físicos. La ausencia de la respuesta (ya imposible) hacía (absurdamente) aplicable al sujeto la sanción penal prevista en este caso. La *Corte* reconoce que tal situación sería sin duda inconstitucional, pero niega que sea reconducible a la disposición censurada y solicita por tanto al juez que busque de otro modo la solución jurídica del problema, para evitar en cualquier caso las consecuencias aparejadas a la disposición impugnada. En particular, la *Corte* concluye que «corresponde al juez, a través del pleno ejercicio de los poderes de interpre-

⁵² Para una explicación de este tipo de decisiones, *vid.*, en particular, PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996, especialmente págs. 33 y ss.

⁵³ Cfr. ANGIOLINI, «Rigetto interpretativo di 'principio' e 'regole' legislative», en *Giur. cost.*, 1993, pág. 1413; D'AMICO, «Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale?», en *Giur. cost.*, 1993, I, 1, pág. 2049.

tación de la ley y del Derecho resolver, en conformidad con la Constitución, el problema causado por la existencia de la laguna normativa».

El segundo caso se refiere a la hipótesis de un marido que, tras haber concedido su consentimiento para una inseminación artificial de su esposa con espermatozoides de terceros (la denominada inseminación heteróloga), había solicitado el repudio de la paternidad del hijo nacido de la inseminación artificial, esgrimiendo el artículo 235 del Código civil. Según esta disposición, se prevé de hecho la posibilidad de repudio por parte de quien demuestre el propio estado de impotencia en el período comprendido entre los días número 300 y el 180 anteriores al nacimiento (situación en la que se encontraba el marido).

La cuestión de constitucionalidad planteada solicitaba a la *Corte* que declarase inconstitucional el artículo 235 del Código civil en la parte en que era aplicable también a la hipótesis del hijo nacido de inseminación artificial heteróloga. La *Corte Costituzionale* ha considerado que, a pesar de la clara formulación literal, el artículo 235 debía considerarse elaborado para la hipótesis de hijos nacidos de relaciones adúlteras y por tanto no sería de aplicación al caso en cuestión, respecto del cual ha determinado los principios constitucionales que pueden considerarse aplicables, es decir, la tutela de la persona nacida a consecuencia de fecundación artificial, sea en relación con los propios derechos de quien se ha comprometido libremente a acogerlo (que debe asumir sus responsabilidades), sea con respecto a las obligaciones de instrucción y mantenimiento que pesan sobre los progenitores. También en este caso la *Corte* concluye la propia decisión afirmando, significativamente, que «en la actual situación de carencia legislativa, corresponde al juez investigar en el conjunto del sistema normativo la interpretación idónea para asegurar la protección de los citados bienes constitucionales» (Sentencia 347/1998).

En ambos casos por tanto la *Corte Costituzionale*, frente a la afirmada situación de ausencia de una regulación a aplicar al caso específico y concreto que el juez debe resolver, invita al juez a encontrar la solución a través de una aplicación directa de los principios constitucionales por ella indicados.

7. LA INTRODUCCIÓN DE UN RECURSO DIRECTO DEL CIUDADANO ANTE LA CORTE COSTITUZIONALE Y SU INFLUENCIA SOBRE EL PODER DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ

Para concluir considero oportuno mencionar el proyecto de reforma constitucional actualmente en curso en Italia que afecta, de manera orgánica, a toda la segunda parte de la Constitución y, por tanto, también, a la regulación constitucional del poder judicial y de la justicia constitucional.

A este respecto se ha instituido una Comisión bicameral con el objetivo de diseñar un proyecto de reforma, que ha sido remitido a los presidentes de las Cámaras en su hechura definitiva, en el mes de noviembre de 1997. En tal proyecto se prevé una notable transformación del sistema de justicia constitucional, pero en esta sede querría solamente subrayar aquellos aspectos que más específicamente podrían influir en el tema objeto de estas jornadas, es decir, sobre esa conexión, ese vínculo «virtuoso», del que he hablado, que ha surgido en estos años entre la *Corte Costituzionale* y los jueces ordinarios y que ha permitido la realización, en las formas y modos que he intentado describir, del poder de interpretación de la Constitución por parte del juez ordinario.

Me referiré en particular a la previsión de introducción de un recurso directo (de amplios contornos) del ciudadano ante la *Corte Costituzionale* para la tutela de los derechos fundamentales, como existe en España y Alemania. A este respecto, contrariamente a lo que podría haberse decidido en el 1947-1948, la introducción del recurso directo no puede hoy considerarse necesaria para la difusión y penetración en la sociedad de los principios y valores constitucionales, resultado que, como ya he dicho, ha sido amplia y magníficamente realizado por el actual sistema de control de las leyes.

Una aplicación amplia del recurso directo conlleva, más allá de las afirmaciones de principio, un inevitable vaciamiento del juicio en vía incidental, con la creación de una especie de cuarto grado de jurisdicción (de lo que sinceramente no veo necesidad alguna). El previsiblemente alto número de recursos —con los subsiguientes problemas organizativos para la *Corte* y el importante riesgo de que se cree un cúmulo de trabajo atrasado y por tanto un retraso en la resolución de los casos— junto con la experiencia de otros países, convencen de que el recurso directo es en realidad un instrumento esencialmente demagógico⁵⁴ y propagandístico, como parecen demostrar recientes descripciones del instituto en términos de costes y beneficios⁵⁵.

Tal conclusión encuentra una confirmación en la evolución que ha tenido el sistema de control incidental, entre nosotros y el recurso directo en otras experiencias: uno y otro, partiendo desde diversos presupuestos alcanzan, en cuanto a la tutela real de derechos fundamentales del ciudadano, un modo muy similar de operar.

En el juicio incidental, de hecho, el control de la *Corte* (entre abstracción y concreción, autonomía y dependencia del juicio principal), aun te-

⁵⁴ Así, PIZZORUSO, *Intervento al Convegno di Ferrara dell' AIC*, 3 de mayo de 1997, pág. 9 del texto mecanografiado, según el cual se trata de una medida fuertemente demagógica, como lo fue en su tiempo el recurso de casación contra todas las sentencias y resoluciones judiciales en materia de libertad personal; PALADIN, «Corte costituzionale: aumentano le funzioni ma il futuro potrebbe portare la paralisi», en *Giurida al diritto*, 15 de noviembre de 1997, n.º 43, pág. 64, quien afirma que la garantía de los derechos fundamentales, aparentemente enfatizada, termina en realidad por vaciarse.

⁵⁵ Cfr. TIRO, «'Maschera' e 'volto' del ricorso individuale di costituzionalità», en *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cargo de COSTANZO, Milano, 1995, págs. 127 y ss. y las ulteriores indicaciones que allí se dan.

niendo por objeto la conformidad de una ley a la Constitución, se ha llevado siempre a cabo teniendo cada vez más en cuenta las circunstancias del caso a decidir y, por tanto, las consecuencias prácticas de la aplicación de la ley impugnada. Por el contrario, el recurso directo se ha venido comportando como un medio con capacidad para garantizar sólo una ocasional y a menudo intempestiva tutela del recurrente, «ligada sobre todo, no tanto con una perspectiva de tutela subjetiva, por ejemplo, sobre la gravedad de la lesión sufrida, sino prevalentemente desde una óptica objetiva como es la mayor o menor idoneidad del caso para constituir «vehículo» para la resolución de cuestiones de interés general»⁵⁶.

La vía incidental, y con ella el papel de los jueces en el control de constitucionalidad, es vaciada por una previsión amplia y sin límites del recurso directo de los particulares para la tutela de los derechos fundamentales, lo que suena de por sí como una valoración no del todo positiva de la garantía ofrecida por los jueces y que, si no se limita oportunamente, se usará principalmente frente a las decisiones de los mismos, tan es así que podría decirse que, mientras el juicio incidental está en manos de los jueces, el recurso directo está «en contra» de los jueces⁵⁷.

El vínculo «virtuoso» entre *Corte Costituzionale* y jueces puede peligrar así con el riesgo de interrumpirse y con él el equilibrio que la misma ha conseguido alcanzar en el sistema, en cuanto que aquel resultado (respeto a la Constitución y tutela de los derechos fundamentales del ciudadano) que actualmente se consigue a través de una actividad de colaboración entre *Corte* y jueces, se vería perseguido solamente por la primera fundamentalmente a través del control sobre las decisiones de los jueces, que no podrían no sentir la intervención de la *Corte* como algo «externo» y sancionador de la obra judicial⁵⁸.

Finalmente, existe en estos días una gran polémica suscitada por la intervención aditiva de la *Corte Costituzionale* (Sentencia 361/1998) en materia de prueba penal. La reacción de la clase política ha sido la de presentar una proposición de ley constitucional, a través de la cual impedir a la *Corte Costituzionale* hacer sentencias distintas de: estimación, desestimación e inadmisión.

Una proposición de este cariz se había presentado, siendo afortunadamente descartada, ante la Comisión bicameral. Ello conduciría a ver la Constitución exclusivamente como parámetro y como fuente del Derecho dirigida sólo al poder político y no como fuente a interpretar y de la que extraer una regla a aplicar al caso, anulando así la técnica que ha permitido a los jueces ordinarios en estos años (a través del camino resumidamente des-

⁵⁶ TIRIO, «Maschera» e «volto» del ricorso individuale..., *loc. cit.*, pág. 163.

⁵⁷ TIRIO. «Maschera» e «volto» del ricorso individuale..., *loc. cit.*, pág. 164.

⁵⁸ Actualmente los trabajos de la Comisión bicameral se han bloqueado y el proyecto no ha tenido, por el momento, continuación alguna, ni se prevé que en un plazo breve se reinicien los trabajos.

crito en las páginas precedentes) relacionarse, en lo que a interpretación se refiere, con principios constitucionales y alcanzar aquellos resultados que en esta intervención he tratado de poner de manifiesto ⁵⁹.

⁵⁹ Como señala ONIDA («L'attuazione della Costituzione...», *op. cit.*, págs. 533 y 534), negar la validez de la interpretación conforme a la Constitución significaría reducir las normas constitucionales a preceptos dirigidos exclusivamente al legislador, «meros parámetros de comparación para la validez de leyes ordinarias, no susceptibles de utilización en orden a la reconstrucción sistemática del ordenamiento y de cada una de sus partes y de la búsqueda de reglas aplicables en los casos concretos (...)». Reducir todo a la alternativa simple entre ley inconstitucional (...) y ley no inconstitucional, a interpretar y aplicar según criterios respecto de los cuales los principios constitucionales no pueden desempeñar ya ningún papel, significaría amputar a estos últimos una relevante parte de su capacidad de verificación y de incidencia sobre el sistema».