



Revista Derecho del Estado
ISSN: 0122-9893
Universidad Externado de Colombia

Bogdandy, Armin Von; Pari, Davide
La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte
Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán***-****
Revista Derecho del Estado, núm. 43, 2019, Mayo-Agosto, pp. 5-24
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.02>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337660349002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán*-******

Building judicial authority: a comparison between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court

RESUMEN

Este artículo examina los fundamentos de la autoridad de la Corte Constitucional italiana comparándola con la del Tribunal Constitucional Federal alemán. En comparación con el Tribunal alemán, la Corte italiana ha construido su autoridad sobre una base particularmente débil. Sin embargo, ha tenido éxito en desarrollar una dinámica de “poder en la debilidad”, que explica importantes características de la Corte Constitucional italiana: su relación excepcionalmente cooperativa con los tribunales ordinarios, su estilo con-

* Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

** Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

*** Recibido el 25 de enero de 2019, aprobado el 1 de febrero de 2019.

Para citar el artículo: BOGDANDY, A. v. y PARIS, D. *La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Constitucional Federal alemán*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 43, mayo-agosto de 2019, 5-24.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.02>

**** Traducción de María José Viana Cleves. Este artículo será publicado en BARSOTTI, V.; CAROZZA, P. G.; CARTABIA, M. y SIMONCINI, A. (eds.). *A Companion to Italian Constitutional Justice in a Global Context*. En prensa, 2019. Tuvimos la oportunidad de discutir algunas de las ideas expresadas en este escrito en el seminario de investigación “Relationality and Hierarchy in Constitutional Justice: *Bundesverfassungsgericht* and *Corte costituzionale* as Two Models of Constitutional Courts?”, en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, el 9 de julio de 2018. Nos gustaría agradecer a todos los participantes, y en particular a los jueces Marta Cartabia y Peter M. Huber, por sus valiosos comentarios. Muchas gracias también a la *Dienstagssrunde*. Desde luego, todos los errores son atribuibles a los autores. La investigación que condujo a este artículo contó con el apoyo de la Fundación de Investigación Alemana (DFG) en el contexto del Premio Gottfried Wilhelm Leibniz.

ciso de razonamiento, su deliberado bajo perfil frente a la opinión pública, su interacción activista con el legislador y su diálogo táctico con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Cortes constitucionales, autoridad judicial, diálogo judicial, espacio jurídico europeo, cortes en la política, la política en las cortes.

ABSTRACT

This paper examines the foundations of the Italian Constitutional Court's authority by comparing it with that of the German Federal Constitutional Court. In comparison to the German Court, the Italian Court had to build its authority on a particularly weak legal basis. However, it succeeded in developing a dynamic of "power in weakness" which explains important features of the Italian Court: its exceptionally cooperative relationship with the ordinary courts, its terse style of reasoning, its deliberate low profile in public opinion, its activist interaction with the legislature, and its tactical dialogue with the Court of Justice of the European Union.

KEYWORDS

Constitutional Courts, Judicial Authority, Judicial Dialogue, European Legal Space, Courts in Politics, Politics in Courts.

SUMARIO

1. La idea de "la fuerza en la debilidad". 2. Acceso limitado. 3. Bajo perfil. 4. Ambiente inverso. 5. Jugando póker.

1. LA IDEA DE LA "FUERZA EN LA DEBILIDAD"

"Esto no nos lo imaginábamos", fueron las palabras del primer canciller federal de Alemania Occidental, Konrad Adenauer, al observar los años iniciales de funcionamiento del Tribunal Constitucional alemán¹. Estas palabras expresan sucintamente un rasgo peculiar de la Corte Constitucional alemana: una confrontación directa con el poder político constituyó un aspecto crucial en la formación de la autoridad de la Corte. Mediante esta confrontación, la

1 El original establece: "Dat ham wir uns so nich vorjestellt"; ver SCHÖNBERGER, C. *Anmerkungen zu Karlsruhe*. En SCHÖNBERGER, C.; JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. y MÖLLERS, C., *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011, 26.

Corte logró una brillante victoria que le permitió emerger como un contrapeso a la mayoría gobernante. En 1952 y 1953, dos eventos marcaron esta confrontación de una manera particular². En primer lugar, en la batalla por el rearme de Alemania, la Corte se convirtió en el centro de atención en relación con el interrogante, principalmente político, de si la ratificación del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa requería una enmienda constitucional previa. El Tribunal pudo resistir la presión política de la mayoría gobernante y la oposición. Las dos partes tuvieron que aceptar a grandes costos que el Tribunal Constitucional no podía ser utilizado con fines políticos. En segundo lugar, en la “batalla por el estatus”, el Tribunal Constitucional consiguió acabar con la dependencia administrativa y la supervisión del Ministerio de Justicia: se le reconoció como un órgano constitucional, junto con el Presidente Federal, el *Bundestag*, el Gobierno Federal y el *Bundesrat*³.

Las cosas fueron diferentes en Italia. El fallo fundacional 1/1956 –el “*Marbury v. Madison* italiano”⁴– no constituyó un desafío directo al poder político: el momento de la confrontación directa con el poder político vendría solo unos 40 años después. Después de todo, la sentencia 1/1956 anuló una ley fascista que limitaba la libertad de expresión. La mayoría gobernante en ese momento estaba probablemente muy complacida de poder continuar aprovechándose silenciosamente de esta y otras leyes represivas similares. Sin embargo, ciertamente no se habría levantado para defender abiertamente una disposición fascista iliberal. Por el contrario, la sentencia 1/1956 fue un desafío directo a la autoridad de la Corte Suprema. Por un lado, la Corte Constitucional consideró inconstitucional una ley que la Corte Suprema había validado previamente en virtud de la Constitución, dando razón a los tribunales inferiores “rebeldes”. Por otro lado, eliminó las dos doctrinas centrales sobre el control de constitucionalidad que la Corte Suprema había desarrollado en años anteriores. Primero, la Corte Constitucional rechazó la doctrina de que la legislación preconstitucional se escapa de la jurisdicción de la Corte Constitucional, afirmando que todas las leyes están sujetas a su control, sin importar si se han promulgado antes o después de la Constitución. En segundo lugar, refutó la distinción entre normas prescriptivas y normas programáticas, haciendo hincapié en que los dos tipos de normas pueden servir como criterio para el control de constitucionalidad.

No obstante, los mecanismos de creación de autoridad utilizados por el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Constitucional italiana no solo di-

2 Ibid., 21 s.

3 Para un recuento histórico de estas dos confrontaciones fundacionales ver WESEL, U. *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*. München: Karl Blessing, 2004, 54-82. En inglés: COLLINGS, J. *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Oxford University Press, 2015, 9-28.

4 BARSOTTI, V.; CAROZZA, P. G.; CARTABIA, M. y SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford University Press, 2016, 30 (pero ver también p. 236).

fieren en relación con sus respectivos contendientes principales –los más altos poderes políticos o judiciales–⁵; también difieren en relación con el resultado. No hay duda de que al emitir la sentencia 1/1956, la Corte Constitucional italiana obtuvo un puntaje en la confrontación con la Corte Suprema. Pero menos de diez años después, en la llamada “primera guerra de las cortes”, la Corte Constitucional no pudo obtener otra victoria sobre la Corte Suprema. El intento de la Corte Constitucional de hacer su propia interpretación de la ley para que fuese aceptada por la Corte Suprema se encontraba en juego. Al final, este intento no tuvo éxito y la Corte Constitucional se vio obligada a dar marcha atrás, justificando este resultado con la nueva doctrina del “derecho viviente”⁶. En últimas, de esto se deriva que la Corte Constitucional italiana debe revisar las leyes según la interpretación de la Corte Suprema y no puede reemplazar esa interpretación con la suya propia.

En esa ocasión, la Corte Constitucional italiana experimentó su propia debilidad en su máxima expresión: a diferencia de otros tribunales constitucionales, la Corte Constitucional italiana tiene que compartir y negociar su autoridad con los tribunales ordinarios, en los cuales tanto su actividad como su eficacia son condicionales. De hecho, el poder más importante de la Corte, el control concreto de constitucionalidad de las leyes, depende de la disposición de los tribunales ordinarios a referirle los asuntos de constitucionalidad. Del mismo modo, el éxito de muchas decisiones de la Corte Constitucional depende de su aceptación por parte de los tribunales ordinarios (incluidos los tribunales administrativos).

Sin embargo, lo que parece ser la principal debilidad de la Corte Constitucional italiana, si se compara con su homólogo alemán, es quizás la característica más notable de la Corte en una perspectiva comparativa. Su debilidad institucional llevó a la Corte Constitucional italiana a establecer una cooperación eficaz con los tribunales ordinarios. Esta “relación interjudicial” puede considerarse la fuerza más característica del sistema italiano de control constitucional, como lo ilustra el libro de Vittoria Barsotti, Paolo Carozza, Marta Cartabia y Andrea Simoncini⁷.

“El poder se perfecciona en la debilidad”⁸ es un lema que captura esta característica esencial de la Corte Constitucional italiana. Sin embargo, la

5 Para estar seguros, la Corte Constitucional alemana también tuvo que encarar una fuerte confrontación con la Corte Suprema en los primeros años de su existencia, en particular en la batalla en el *Stellungnahmeverfahren* (ver FARAHAT, A. *Das Bundesverfassungsgericht*. En BOGDANDY, A. v.; GRABENWARTER, C. y HUBER, P. M. (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. T. VI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*. Heidelberg: Müller, 2016, 92). Sin embargo, para la identidad de la Corte, esto no parece haber tenido el mismo significado fundamental que tiene la confrontación con el poder político.

6 Ver sentencias 11/1965 y 52/1965, así como también las sentencias 127/1966 y 49/1970.

7 BARSOTTI et al. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., 236.

8 2 Corintios 12:9. Es probable que los lectores familiarizados con las epístolas paulinas objeten nuestro uso de las palabras de San Pablo en este capítulo porque el significado de las

lógica del poder que se perfecciona en la debilidad va más allá de la relación con los tribunales ordinarios. En las siguientes secciones tratamos de proporcionar una lectura de la Corte Constitucional italiana de acuerdo con el problema de la debilidad que se convierte en fortaleza.

En relación con el tema del acceso a la Corte, la Corte pudo superar algunos límites propios de su regulación constitucional de una manera que ahora se plantea la pregunta de si una enmienda constitucional sigue siendo deseable (2). El estilo de razonamiento de la Corte, bastante minimalista, y su posición general de bajo perfil en la opinión pública parece, a primera vista, ser una debilidad. Sin embargo, podría en realidad no serlo, comoquiera que también trae consigo ciertas ventajas (3). La debilidad del contexto político en el que opera la Corte, y en particular la falta de respuesta del legislador, podría haber sido un obstáculo para el poder de la Corte. No obstante, en últimas, esta circunstancia presionó a la Corte para que se volviera más activista y superara el papel de un “legislador negativo” (4). Finalmente, la dinámica del “poder en la debilidad” también se puede aplicar a la interacción con los tribunales europeos: a pesar de varias limitaciones, la Corte pudo ganar un papel importante en el ordenamiento jurídico europeo (5).

A lo largo de toda esta contribución, el Tribunal Constitucional alemán servirá frecuentemente como la principal referencia comparativa. Si bien comparte con la Corte Constitucional italiana el estatus de ser uno de los tribunales constitucionales más antiguos de Europa, además de tener antecedentes históricos similares (ambos tribunales se establecieron como instituciones post-autoritarias), el Tribunal Constitucional alemán parece representar un modelo muy diferente, si no opuesto, tanto en la forma en que consolida su autoridad como en sus relaciones con otras autoridades, en el nivel nacional y en el nivel europeo⁹. Por lo tanto, la comparación mediante un enfoque de contraste ayudará a comprender mejor la esencia del modelo italiano.

Este artículo resalta la forma extraordinaria en que la Corte Constitucional italiana construyó su autoridad sobre una base jurídica débil, que es particularmente visible cuando se compara con la contraparte alemana. Sin embargo, esto no pretende consolidar una defensa acrítica de la Corte: nuestro propósito es enfatizar algunas características. Además, no hay que olvidar que el camino para pasar de la debilidad a la fuerza puede invertirse.

mismas en el contexto original claramente difiere del que les atribuimos aquí. Sin embargo, decidimos adoptar esta fórmula por su capacidad de transmitir como ninguna otra un concepto claro sobre la relación entre la debilidad y el poder de una manera muy sucinta. Pero la analogía no va más allá de esto y cualquier otra comparación con el texto original excede la voluntad de los autores.

9 De esta manera, este documento responde a la sugerencia de Marta Cartabia de avanzar hacia “una nueva taxonomía de los tribunales constitucionales [...] elaborada sobre la base de su actitud general hacia otros actores”: ver CARTABIA, M. *Of Bridges and Walls: The “Italian Style” of Constitutional Adjudication*. En *Italian Journal of Public Law*. 2016, 43.

Este es un escenario realista incluso en Europa, como nos lo ha enseñado el Tribunal Constitucional de Hungría¹⁰.

2. ACCESO LIMITADO

La ausencia de un recurso de amparo constitucional ante la Corte Constitucional italiana constituye su debilidad más evidente: condiciona la autoridad de la Corte a la cooperación de los tribunales ordinarios. Esta cooperación forzada puede ser difícil de comprender para un académico de derecho constitucional alemán. En Alemania, el concepto de “diálogo judicial” se refiere a la interacción del Tribunal Constitucional con los tribunales europeos y no, como en Italia, también a la relación con los tribunales ordinarios.

Desde su importante sentencia en el caso *Liith*¹¹, el Tribunal Constitucional alemán no coopera, en principio, con los tribunales ordinarios, sino que los corrige. Esta es una decisión consciente. El procedimiento previsto en el artículo 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental, de control concreto de constitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle*), es muy similar al método incidental de control de constitucionalidad italiano. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán estableció un estándar tan alto y complejo para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad que, en últimas, desalentó a todos los tribunales respecto de su utilización¹². La lógica subyacente revela que este tribunal quiere estar en la cima del sistema judicial. El recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) es ante todo un recurso contra una sentencia (*Urteilsbeschwerde*), mediante el cual el Tribunal Constitucional revisa si los tribunales ordinarios, al aplicar la ley, vulneraron los derechos fundamentales garantizados por la Constitución¹³. Además, no existe ninguna ventaja para que los tribunales que se rebelen no apliquen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: esto podría llevar a una sala del Tribunal Constitucional a anular rápidamente la decisión por arbitrariedad, algo que casi ningún juez está dispuesto a tener dentro de su historial.

Es importante aclarar que esto no significa que la mayoría de sentencias de los tribunales ordinarios sean anuladas. El Tribunal Constitucional alemán solo anula un pequeño porcentaje de las decisiones de los tribunales ordinarios¹⁴.

10 Ver SÓLYOM, L. *Das ungarische Verfassungsgericht*. En BOGDANDY, GRABENWARTER, C. y HUBER (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. T. VI, cit., 639 s.

11 BVerfGE 7, 198 (15 de enero de 1958).

12 Ver LUTHER, J. *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1990, 82 s., que destaca la interpretación más flexible de los requisitos para plantear una cuestión de constitucionalidad en Italia que en Alemania.

13 De acuerdo con *Annual Statistics 2017* (disponible en inglés en: www.bundesverfassungsgericht.de), 5.231 de 5.456 recursos de amparo conocidos por la Corte en el año 2017 estuvieron dirigidos en contra de una decisión judicial (95.88 %).

14 Ver JESTAEDT, M. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. En *Das Deutsche Verwaltungsblatt*. 2001, 1311-1312; y JESTAEDT, M.

Sin embargo, es la actitud general hacia los tribunales ordinarios (corrección vs. cooperación) lo que ilustra la diferencia entre los dos tribunales. Mientras que la Corte Constitucional italiana se dirige esencialmente a los tribunales remitentes, el principal destinatario de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán es el individuo. El primero protege los derechos del individuo *junto a los tribunales ordinarios*; el último, por su parte, los protege *de los tribunales* (entre otros). La proverbial expresión alemana “ir a Karlsruhe” (*der Gang nach Karlsruhe*)¹⁵, que significa presentar el caso ante el Tribunal Constitucional alemán para encontrar justicia, enfoca esta postura hacia el individuo en la justicia constitucional alemana.

Elisabetta Lamarque ha mostrado cómo la Corte Constitucional italiana pudo convertir esta aparente debilidad en una oportunidad para una relación de cooperación con los tribunales ordinarios¹⁶. De igual modo, demuestra cómo logró subsanar las deficiencias del acceso limitado a la Corte y llenar las lagunas más evidentes en la protección judicial, sin la necesidad de una reforma constitucional.

Además de definir la relación con los tribunales ordinarios como de cooperación en lugar de corrección, la falta del recurso de amparo también otorga a la organización institucional de la Corte Constitucional italiana uno de sus rasgos más característicos: su colegialidad. El hecho de que “la Corte Constitucional” actúe siempre en conjunto, como un todo, y que involucre a todos los jueces de manera equitativa y completa en cada caso, ayuda a fortalecer la legitimidad de la Corte, la consistencia de su jurisprudencia y la naturaleza deliberativa e inclusiva de su práctica judicial. Sin embargo, esto solo es posible porque la Corte conoce algunos cientos de referencias anualmente. El mismo nivel de colegialidad sería imposible para el Tribunal Constitucional alemán, que se ocupa de aproximadamente 6.000 recursos de amparo por año¹⁷.

En resumen, el hecho de que la Corte Constitucional italiana construyera su autoridad sobre una competencia débil lleva al punto de que la conveniencia de una reforma constitucional que introduce el recurso de amparo puede hoy en día verse seriamente cuestionada, como lo hacen Elisabetta Lamarque y Víctor Ferreres Comella, siguiendo la opinión de Roberto Romboli¹⁸. El

Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist. En SCHÖNBERGER et al. *Das entgrenzte Gericht*, cit., 94.

15 WESEL. *Der Gang nach Karlsruhe*, cit.

16 LAMARQUE, E. *Direct Complaint*. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

17 En 2017 se presentaron ante la Corte 5.784 nuevos recursos de amparo: ver *Annual Statistics 2017*, cit.

18 LAMARQUE. *Direct Complaint*, cit., y FERRERES COMELLA, V. *The Potential Virtues and Risks of Abstract Constitutional Challenges and Individual Complaints: Some Reflections From Spain*, ibíd., siguiendo la opinión de Roberto Romboli.

beneficio esperado (una protección más amplia de los derechos individuales) podría no equilibrar las pérdidas determinadas (la colegialidad y la relación de cooperación con los tribunales ordinarios).

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que las restricciones en el acceso a la Corte Constitucional italiana no se limitan a la falta de un procedimiento para el recurso de amparo. La Constitución incluso prevé el control abstracto de la legislación de una manera bastante estricta, ya que las minorías parlamentarias no pueden presentar una demanda de constitucionalidad ante la Corte. El control abstracto se limita a las controversias entre el Estado y las Regiones. Al parecer, esta limitación se debió a una intervención del entonces jefe de gobierno, Alcide De Gasperi¹⁹. Al parecer, no quería que la Corte Constitucional italiana se convirtiera en un contrapeso directo al Gobierno y su mayoría²⁰. De esta manera, el control abstracto de la legislación debe, en principio, referirse principalmente a la distribución del poder legislativo entre el Estado y las regiones y no debe interferir con los principales asuntos políticos.

Víctor Ferreres Comella ha expuesto buenos argumentos para permitir que las minorías parlamentarias puedan suscitar un control abstracto de las leyes²¹. Sin embargo, incluso en este caso, al considerar cómo es que la Corte consiguió manejar sus propios límites, uno podría seriamente dudar si la ausencia de un recurso directo de las minorías parlamentarias constituye una debilidad o una fortaleza de la Corte.

Habilitar el recurso de constitucionalidad abstracto a las minorías parlamentarias tiene un precio. Cuando una minoría parlamentaria impugna una ley, el Tribunal Constitucional es objeto de la mayor presión política. Esto es así porque su decisión, cualquiera que sea, puede llegar a ser fácilmente criticada, al considerarse sesgada políticamente por el partido que perdió el caso. Esto plantea una grave amenaza para la legitimidad del Tribunal Constitucional, especialmente cuando se permiten votos disidentes. Por lo tanto, si un sistema de control de constitucionalidad incidental que funcione adecuadamente asegura que las leyes impugnadas pueden llegar a la Corte a pesar de la falta de recurso parlamentario, podría pensarse que tal vez no sea tan perjudicial no permitir que las minorías parlamentarias desafíen directamente las leyes, especialmente en un contexto político altamente fragmentado que carece de una cultura constitucional compartida, como es el caso hoy en día en Italia. En resumen, parece que incluso en el caso de un

19 Ver LAMARQUE. *Direct Complaint*, cit.

20 Sin embargo, esto no niega que la existencia misma de la Corte Constitucional se deba al partido democristiano (del cual De Gasperi fue el líder indiscutible), que apoyó la creación de una corte constitucional con una fuerte convicción desde el inicio, superando el escepticismo de los partidos socialista y comunista.

21 Ver FERRERES COMELLA. *The Potential Virtues and Risks of Abstract Constitutional Challenges and Individual Complaints*, cit.

control abstracto de constitucionalidad de las leyes, una debilidad aparente (y planificada) de la Corte ha demostrado no ser una debilidad crítica sino, antes bien, un escudo para la legitimidad y la autoridad de la Corte.

3. BAJO PERFIL

La autoridad de un tribunal no solo depende del contenido de sus decisiones sino también de la forma en que llega a estas decisiones y de cómo se dirigen a su audiencia. Las opiniones grandilocuentes al final de un proceso inclusivo, que ha sido seguido públicamente, ciertamente contribuyen a consolidar la autoridad y el prestigio de un tribunal, tanto a nivel nacional como internacional. Después de todo, la jurisprudencia de un tribunal constitucional puede considerarse como la mejor introducción a la cultura jurídica de una nación, debido a que se espera que la doctrina más sofisticada de un orden jurídico sea producida por el más alto tribunal. Desde esta perspectiva, los votos salvados pueden servir como una herramienta importante para fomentar la autoridad de la Corte. Las opiniones separadas, como destaca Diletta Tega, pueden ayudar a producir un razonamiento más claro, coherente y transparente, que a su vez simplifica el diálogo con otros actores institucionales y con la sociedad²². Lo mismo se aplica con respecto al compromiso directo con la academia jurídica: al citar opiniones académicas en sus decisiones, un tribunal constitucional demuestra que es consciente del debate académico y que incluso podría involucrarse con las voces críticas de su cultura jurídica, que, en última instancia, puede fortalecer la legitimidad de la propia institución²³. Tal vez no sea una coincidencia que los jueces de los dos tribunales con mayor autoridad en ambos lados del Atlántico, la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional de Alemania, escriban opiniones separadas y se comprometan explícitamente con la academia jurídica²⁴.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional italiana no brilla a primera vista. Ni las opiniones disidentes ni las citas directas de académicos jurídicos están a su disposición, o al menos la Corte aún no ha recurrido a ninguna de ellas. Además, los procedimientos ante la Corte Suprema italiana son bastante cerrados, en lo que respecta a las intervenciones de terceros y

22 Ver TEGA, D. *Separate Opinions v. The Principle of Collegiality*. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit. [Nota de trad.: una opinión separada es el razonamiento de un juez que en una sentencia se expone de forma separada de aquel proveniente de otros jueces, y que puede estar o no de acuerdo con la opinión de la mayoría de los mismos. Las sentencias de las altas cortes británicas y norteamericanas suelen estar estructuradas con opiniones separadas.]

23 Ver PASSAGLIA, P. *Je t'aime... moi non plus: Some Considerations on (and Impressions of) the Relationships between Constitutional Justice and Legal Scholarship*. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

24 Sobre el vínculo entre la falta de opiniones separadas y la cita de la literatura jurídica, ver *ibíd.*

de *amici curiae*. Esto se debe en parte a las normas procesales que rigen los litigios constitucionales y en parte a la propia voluntad de la Corte²⁵. En principio, esto tiende a aislar a la Corte del debate público y limita su arraigo en la sociedad.

Después de todo, no debería sorprender que los mismos nombres de los jueces de la Corte Constitucional, incluido el presidente de la Corte, sean esencialmente desconocidos para el público. Desde esta perspectiva, no podría haber mayor contraste con Estados Unidos, en donde la condición de salud de un solo juez puede convertirse en una de las principales noticias en los medios de comunicación y reunir el interés de los ciudadanos comunes²⁶. La visibilidad pública del Tribunal Constitucional también es mucho mayor en Alemania que en Italia. Una persona que sale de la estación de tren de Karlsruhe y que se dirige al Tribunal Constitucional no necesita dar instrucciones a un conductor de taxi. Sin embargo, no ocurre lo mismo con una persona que sale de la estación de Roma Termini y que se dirige a la Corte Constitucional. Es un asunto que no depende solamente de la diferencia en el tamaño de las dos ciudades.

Sin embargo, uno no debe ignorar la otra cara de la moneda subestimando las ventajas de un poder menos visible. El ser desconocida por el público ciertamente no contribuye a la legitimidad de la Corte. Con todo, el “ego judicial” puede resultar igualmente nocivo, incluso aún más. La falta de la posibilidad de emitir un voto salvado seguramente restringe la libertad de expresión de un juez y dificulta que ese juez se convierta en un personaje público. No obstante, protege a todos los jueces y, lo que es más importante, a la Corte en su conjunto, de las acusaciones relacionadas con prejuicios políticos. De este modo se garantiza su independencia. Ocultando las personalidades individuales, la colegialidad fortalece a la Corte anónima. En su famosa disidencia en el caso *Obergefell*, el juez Scalia cuestionó la legitimidad de la decisión de la Corte Suprema con estas importantes palabras: “Esta sentencia establece que [...] quien gobierna a los 320 millones de estadounidenses de costa a costa es la mayoría de los nueve jueces de la Corte Suprema”²⁷. Esta objeción, sin embargo, pierde parte de su fuerza en un sistema jurídico como

25 Ver GROPPi, T. y LECIS COCCO ORTU, A. M. *Open and Closed Forms of Constitutional Adjudication: The Admissibility of Amici Curiae and Third-Parties Intervention and Facts-Finding Powers*. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

26 Ver, p. ej., los títulos de algunos artículos en los principales periódicos de Estados Unidos sobre el 8 de noviembre de 2018: *Justice Ruth Bader Ginsburg Hospitalized With 3 Broken Ribs* (The New York Times); *Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg Hospitalized with Fractured Ribs* (The Washington Post); *Justice Ruth Bader Ginsburg Is Hospitalized After Fall* (The Wall Street Journal).

27 U.S. Supreme Court. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (Scalia, J., disidente): “Today’s decree says that [...] the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court”. El énfasis ha sido añadido.

el italiano, en el que “la justicia constitucional es una función desempeñada por un organismo y no por quince personas”²⁸.

No citar a los académicos jurídicos también tiene algunas ventajas. Como sugiere Paolo Passaglia, la autoridad de una decisión puede ponerse en peligro si las referencias que se hacen a la doctrina jurídica son incompletas o imprecisas²⁹. Además, al adoptar la opinión jurídica de un determinado profesor de derecho, no solo se expone al Tribunal al riesgo de ser criticado por elegir una opinión determinada sobre otra, sino que también se hace que la autoridad de la sentencia dependa, hasta cierto punto, del reconocimiento que pueda tener la opinión del autor que se ha citado. Esto se puede evitar mediante un uso “furtivo” de la literatura jurídica, como lo expresa Marc Verdussen³⁰.

Consideraciones similares se aplican a la apertura de los procedimientos constitucionales. La práctica de la Corte –que ha sido descrita por Tania Groppi y Anna Maria Lecis Cocco Ortu³¹–, según la cual los argumentos de terceros y *amici curiae* son considerados en la práctica a pesar de su inadmisibilidad, tiene ciertas ventajas. Esta práctica permite a la Corte hacer una consideración más amplia de los intereses que surgen en la sociedad y, adicionalmente, evita poner el proceso constitucional en el centro de la atención pública, aliviando así a los jueces de la presión de la opinión pública.

En general, la falta de opiniones separadas y de un diálogo directo con los académicos jurídicos, combinada con procedimientos constitucionales más bien cerrados, hace que la Corte y sus jueces sean menos visibles para el público. Sin embargo, existen buenas razones para pensar que no existe una relación directa entre la visibilidad y la autoridad de un tribunal. En el caso italiano lo contrario podría ser cierto. Especialmente durante las últimas dos décadas, la Corte Constitucional italiana ha sido capaz de soportar una dura confrontación con el poder político. No obstante, uno podría preguntarse si esta situación sucedió *a pesar* de su enfoque de bajo perfil o, justamente, debido a ello.

El estilo de razonamiento de la Corte Constitucional italiana también refleja este enfoque general y comparte sus ventajas y desventajas. Las formas y métodos de interpretación constitucional que despliega la Corte Constitucional italiana no son peculiares. Como explica Giorgio Pino, la Corte Constitucional italiana favorece la interpretación orientada por principios y valores³², que es lo que hacen la mayoría de los tribunales constitucionales en Europa. En este lado del Atlántico, ni los tribunales ni la academia valoran el originalismo,

28 TEGA. *Separate Opinions v. The Principle of Collegiality*, cit.

29 PASSAGLIA. *Je t’aime... moi non plus*, cit.

30 VERDUSSEN. EN BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

31 GROPPY y LECIS COCCO ORTU. *Open and Closed Forms of Constitutional Adjudication*, cit.

32 PINO, G. *Forms and Methods of Constitutional Interpretation – Italian Style*. EN BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

aspecto que Jeffrey Pojanowski considera bastante paradójico debido a que las constituciones europeas son más jóvenes y fácilmente modificables³³. Sin embargo, la forma en que se formulan las sentencias de la Corte Constitucional italiana difiere considerablemente del estilo de su homólogo alemán.

Al escribir sus decisiones, el Tribunal Constitucional alemán muestra un enfoque académico, que se expresa mejor en su famoso “párrafo C.1”³⁴. En este párrafo, que inicia la decisión sobre los méritos del caso, el tribunal instruye al legislador (y a la sociedad en general) sobre los principios constitucionales rectores en un área determinada, dejando claro lo que está permitido y lo que no está permitido por la Constitución. En su tono y abstracción, el párrafo C.1 está más cerca de ser un ensayo de derecho constitucional que una decisión judicial tradicional, proporcionando una visión general y completa de los límites establecidos por la Constitución. La decisión final del caso es presentada como la aplicación de este amplio razonamiento. Algunas veces, su razonamiento se parece incluso a sermones de celebración de la Constitución, ensayos sobre teoría política o escritos de pedagogía pública.

En contraste, el estilo de razonamiento de la Corte Constitucional italiana corresponde en gran medida a la descripción del enfoque minimalista del juez Alito de la Corte Suprema de Estados Unidos: “Decidimos el caso particular que nos fue presentado y dejamos los temas más amplios para ser discutidos en otra oportunidad”³⁵. Un ejemplo de este fenómeno es la llamada “técnica de absorción”, que se aplica cotidianamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. Cuando hay varios motivos de inconstitucionalidad y la Corte considera que uno de estos motivos es suficiente para anular la ley que ha sido impugnada, la Corte examina primero el motivo más fácil y declara que los demás motivos quedan “absorbidos” por el primer motivo, sin que sea necesario llevar a cabo un examen sustancial de ellos³⁶.

Este enfoque minimalista ciertamente demuestra la falta de voluntad de la Corte para desempeñar una función pedagógica hacia el legislador y la sociedad. Al mismo tiempo, como Sarah Harding destaca, en línea con las reflexiones de Cass Sunstein, el minimalismo también es una forma de diálogo con otras instituciones, especialmente con el legislador, dado que, a su parecer, “las decisiones breves constituyen caminos importantes para

33 POJANOWSKI, J. A. *Reflections on Forms and Methods of Constitutional Interpretation*. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

34 Para una fuerte crítica sobre la estructura de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, ver LEPSIUS, O. *Die maßstabsetzende Gewalt*. En SCHÖNBERGER et al. *Das entgrenzte Gericht*, cit., 161.

35 U.S. Supreme Court. *NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134, 148 (2011): “We decide the case before us and leave broader issues for another day”.

36 Ver BONOMI, A. *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*. Napoli: Jovene, 2013.

fomentar el desarrollo jurídico”³⁷. Además, debe señalarse que, en este diálogo, la Corte Constitucional italiana goza de una posición bastante favorable, como lo demuestran las dos sentencias sobre la inmunidad frente a los procedimientos penales de los más altos funcionarios del Estado, que fueron proferidas en los años 2004 y 2009^[38].

En el año 2003, la mayoría legislativa de entonces aprobó una ley que suspendía los procesos penales pendientes contra los cinco oficiales superiores del Estado. Un año más tarde, la Corte Constitucional consideró que esta norma era inconstitucional, debido a que la ley exigía que todos los procedimientos penales fueran suspendidos independientemente de la acusación y que la suspensión no estuviera sujeta a ningún límite temporal. Sin embargo la Corte no se refirió a si, en general, las leyes que amplían las inmunidades constitucionales deben adoptarse como reformas constitucionales o no. Este último motivo se consideró absorbido por la inconstitucionalidad antes mencionada. En el año 2008, la misma mayoría reemplazó la norma inconstitucional con otra norma nueva, de contenido similar, que sí tenía en cuenta las observaciones de la sentencia proferida en el año 2004 por la Corte. Posteriormente, en una valiente sentencia del año 2009, la Corte decidió anular también la segunda disposición, con el argumento de que la extensión de las inmunidades judiciales para las autoridades políticas solo puede llevarse a cabo por medio de una reforma constitucional.

Este enfoque minimalista está ciertamente abierto a la crítica. Después de todo, la Corte ya habría podido pronunciarse sobre este asunto en su primera sentencia, advirtiendo que era necesaria una reforma constitucional. Con esto se habría evitado que el legislador promulgara una segunda ley, también inconstitucional. No obstante, debe reconocerse que esta cuidadosa estrategia de no jugar la carta más alta hasta que sea estrictamente necesaria, una estrategia mayoritariamente ajena al Tribunal Constitucional alemán, otorga a la Corte Constitucional italiana una ventaja significativa en el diálogo con el legislador y evita, hasta cierto punto, la necesidad de que la Corte tenga que contar con precedentes difíciles en el futuro.

4. UN AMBIENTE ADVERSO

Los poderes de un tribunal constitucional y la forma en que se ejercen no pueden evaluarse de forma aislada; antes bien, se deben tener en cuenta las condiciones “externas” del contexto político e institucional en el que opera el tribunal³⁹. En particular, la relación existente entre el tribunal constitucio-

37 HARDING, H. “Collegiality” out of Context. En BARSOTTI et al. (eds.), *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

38 Ver sentencias 24/2004 y 262/2009.

39 Ver CASSESE, S. *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*. En CASSESE, S.

nal y el legislador y, en especial, la “capacidad de respuesta” de este último a las “solicitudes” del primero afecta fuertemente los poderes de la Corte.

Con frecuencia vemos que una mera declaración de inconstitucionalidad no solo no erradica un defecto de constitucionalidad sino que también crea un riesgo de empeorar las cosas. Este es el caso que se presenta, por ejemplo, cuando una ley otorga un derecho a cierta categoría de personas pero excluye a otras que se encuentran en una situación similar; o cuando una ley otorga una protección insuficiente a cierto derecho (social). El solo hecho de anular la ley impugnada agravaría la situación de inconstitucionalidad cuando lo apropiado para corregir la inconstitucionalidad de la ley es una extensión o un aumento de los beneficios de la ley, no una denegación de esos beneficios para quienes ya los disfrutaban.

En tales situaciones, la efectividad del control de constitucionalidad depende de la capacidad de respuesta del legislador. Cuando un tribunal cree que el legislador responderá rápidamente aprobando una nueva ley de conformidad con la Constitución, estará más dispuesto a ejercer su poder de anular la legislación. Pero cuando el tribunal no puede confiar en un legislador receptivo, es probable que se abstenga de declarar la inconstitucionalidad de la ley, esto debido a que se considera que la legislación imperfecta suele ser mejor que ninguna legislación en absoluto. Dicho de otra manera, la medida en que un tribunal puede ejercer sus poderes depende significativamente de su contraparte: un legislador confiable le permite al tribunal ejercer sus poderes con más libertad, mientras que con un legislador irresponsable parte del poder del tribunal puede quedarse como un poder formal mas no real.

Incluso desde esta perspectiva se puede observar una dinámica de fortaleza en la debilidad en beneficio de la Corte Constitucional italiana. En Alemania, el Tribunal Constitucional generalmente puede contar con un legislador receptivo que, cuando el Tribunal le pida que modifique o reemplace la legislación inconstitucional, responderá en un plazo razonable⁴⁰. Esto llevó al Tribunal Constitucional alemán a desarrollar un tipo particular de decisión para abordar las situaciones mencionadas anteriormente, en las que no puede simplemente declarar inconstitucionales las disposiciones en juego, debido a

Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale. Bologna: il Mulino, 2015, 304, que resalta el débil apoyo que otros poderes estatales ofrecen a la Corte Constitucional italiana.

40 Por ejemplo, en 1991, el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la asignación automática del apellido del marido a su esposa después del matrimonio cuando la pareja no puede llegar a un acuerdo sobre el apellido por adoptar (BverfG. Orden del Primer Senado del 5 de marzo de 1991 - 1 BvL 83/86). Por medio de este *Unvereinbarkeitserklärung*, el Tribunal Constitucional alemán declaró que la disposición pertinente del Código Civil era incompatible con la Ley Fundamental y pidió al legislador que la modificara. La reforma de la regulación sobre el apellido se aprobó el 16 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de abril de 1994. En un caso similar que se presentó en Italia, la solución fue muy diferente: ver *infra* nota 43.

que lo apropiado es expedir una nueva regulación más integral para superar una situación de inconstitucionalidad.

Estas son las decisiones de mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) con la Constitución⁴¹. La ley impugnada no se declara nula, sino simplemente incompatible con la Constitución, y se otorga al legislador un plazo para aprobar una nueva ley que esté conforme a la Constitución. Hasta que el legislador intervenga, el Tribunal Constitucional alemán o bien puede permitir que la disposición inconstitucional siga siendo aplicable⁴², o, aunque con menor frecuencia, emite por sí mismo una regulación provisional⁴³, o, aún incluso con menor frecuencia, exige la suspensión de los procedimientos pendientes para dar espera al legislador⁴⁴. Las instrucciones del Tribunal, en estas decisiones, a veces son tan precisas que sería plausible preguntar si en realidad queda alguna decisión política relevante que deba tomar el legislador por medio de la aprobación de una nueva ley. Sin embargo, en principio, el Tribunal Constitucional alemán respeta el principio de la separación de poderes y, en particular, la competencia del legislador. Incluso cuando el propio Tribunal dicta una regulación sobre la materia, siempre se considera como una regulación provisional que expira tan pronto como el legislador interviene. Esto es así debido a que el Tribunal puede confiar en la capacidad de respuesta del legislador. De hecho, actualmente se discute en Alemania en qué medida la reciente fragmentación del sistema de partidos políticos, que ha llevado a gobiernos de coalición más débiles, disminuirá el poder del Tribunal Constitucional⁴⁵.

Históricamente, la Corte Constitucional italiana se ha enfrentado a un contexto político e institucional mucho más frágil. En este escenario, la Corte podría razonablemente esperar que sus llamamientos al legislador para enmendar o reemplazar una disposición o ley inconstitucional sean ignorados o desatendidos⁴⁶. Esta debilidad del contexto político e institucional

41 Ver SCHLAICH, K. y KORIOH, S. *Das Bundesverfassungsgericht*. 10.^a ed. München: Beck, 2015, 295 s.

42 Ver, p. ej., BverfG. Sentencia del Primer Senado de 10 de abril de 2018 - 1 BvL 11/14, sobre los impuestos a la propiedad.

43 Ver, p. ej., BverfG. Sentencia del Primer Senado de 18 de 2012 - 1 BvL 10/10, sobre los beneficios sociales para los solicitantes de asilo.

44 Ver, p. ej., BverfG. Orden del Primer Senado del 10 de octubre de 2017 - 1 BvR 2019/16, sobre la opción del tercer género.

45 SCHÖNBERGER. *Anmerkungen zu Karlsruhe*, cit., 58.

46 Considerar, por ejemplo, el caso de la asignación automática del apellido del padre al hijo de una pareja de casados. Ya para 1988, la Corte Constitucional, al reconocer que corresponde al legislador regular esta materia, estableció que “sería posible, y probablemente concordante con la evolución de la conciencia social, reemplazar la disposición actual [...] con un criterio diferente que otorgue mayor respeto a la autonomía de la pareja casada” (orden 176/1988). En la sentencia 61/2006 consideró esta disposición “un legado de una concepción patriarcal de la familia” que ya no era compatible con los valores constitucionales de igualdad moral y jurídica entre el hombre y la mujer. Sin embargo, debido a que el legislativo tenía varias opciones dis-

podría haber restringido fuertemente el poder de la decisión constitucional, debido a que no es razonable que un tribunal constitucional derogue una ley imperfecta con la esperanza de que el legislador expida una mejor ley, que probablemente nunca llegue. La Corte Constitucional italiana, sin embargo, reaccionó de manera opuesta. Al enfrentarse con la falta de un legislador receptivo decidió no retirarse, sino más bien elevar el riesgo mediante el desarrollo de los llamados juicios “aditivos” y “sustitutivos”⁴⁷.

Por medio de estas sentencias, la Corte Constitucional italiana declara una ley inconstitucional “en la medida que no regula algo” o, en casos más raros, “en la medida que prevé algo en lugar de otra cosa” que es ordenada por la Constitución⁴⁸. Al hacer esto, la Corte definitivamente *reemplaza* al legislador. En teoría, el legislador podría regular de nuevo lo regulado sobre el tema pero de una manera diferente, por medio de una ley ordinaria; sin embargo, esto no es necesario, ni tampoco sucede con frecuencia. En lugar de limitar los poderes de la Corte Constitucional, la debilidad del contexto político italiano llevó a la Corte a asumir un rol más activo y regulador⁴⁹.

Una comparación de la jurisprudencia reciente sobre la legislación electoral del Tribunal Constitucional alemán e italiano es muy reveladora con relación a este aspecto. El Tribunal Constitucional alemán tiene una larga tradición de un profundo control de constitucionalidad de la ley electoral⁵⁰. En el año 2012, el Tribunal tomó una decisión particularmente “arriesgada”. No solo declaró que la ley electoral era incompatible con la Constitución, en la medida en que no corregía adecuadamente el “efecto del peso negativo del voto”⁵¹,

ponibles, la Corte consideró que correspondía al legislador tomar la decisión y no a ella misma. Finalmente, en el año 2016, debido a que el legislador no promulgó ninguna reforma al respecto, el Tribunal Constitucional decidió declarar la inconstitucionalidad de la disposición pertinente bajo la consideración de que “no permite que la pareja casada atribuya también el nombre de la madre al menor, por acuerdo mutuo, en el momento del nacimiento” (sentencia 286/2016).

47 Ver BARSOTTI et al. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., 86.

48 Considérese, p. ej., la Ley n.º 210, del 25 de febrero de 1992, que concede una compensación monetaria a aquellos que sufran una enfermedad irreversible como consecuencia de las vacunas. La versión inicial de la ley otorgaba compensación solo por un número limitado de vacunas y para un número limitado de beneficiarios. Sin embargo, en no menos de 7 sentencias aditivas (ver, finalmente, sentencia 268/2017) el Tribunal Constitucional extendió la indemnización a otras vacunas y a otros beneficiarios en nombre del principio de igualdad. Aunque el legislador dejó la ley intacta, su ámbito de aplicación se expandió significativamente a través de las sentencias aditivas de la Corte.

49 Nótese, sin embargo, que la Corte recurre a sentencias aditivas y sustitutivas, particularmente en el campo de los derechos sociales, en aplicación del principio de igualdad. En otros dominios, especialmente en el derecho penal, el Tribunal ejerce autocontrol y evita la sustitución del legislador.

50 Para un resumen en inglés, ver KOMMERS, D. P. y MILLER, R. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3.ª ed. Durham y London: Duke University Press, 2012, 238 s.

51 Este es un mecanismo complicado de la ley electoral federal alemana. En circunstancias particulares, dicho mecanismo permite que un aumento en el número de votos obtenidos

sino que también declaró nula e inválida parte de la ley, fijándole al legislador un plazo estricto para aprobar una nueva ley. Con esta decisión, el Tribunal dejó un vacío en la ley electoral, de manera que, si las elecciones llegaban a celebrarse antes de la intervención del legislador, no existiría ninguna ley aplicable para asignar los escaños⁵².

Se puede afirmar con certeza que la Corte Constitucional italiana nunca habría corrido un riesgo como este o, al menos, nunca lo hizo. El principio rector de la jurisprudencia (más reciente pero no menos notable) de la Corte Constitucional italiana sobre la ley electoral es que la legislación que sigue vigente después de una declaración de inconstitucionalidad de la Corte debe garantizar la posibilidad de la renovación del Parlamento en cualquier momento⁵³. Sin embargo, este límite no obligó a la Corte a abstenerse de llevar a cabo el control de constitucionalidad de la ley electoral. Antes bien, la impulsó a reescribir la ley electoral que consideró inconstitucional en las sentencias 1/2014 y 35/2017, de una manera audaz (y con considerable libertad). Poco queda de la idea de un “legislador negativo” en estos dos juicios. Pero esta actitud creativa de la Corte no tiene sus raíces en una voluntad de la Corte de ampliar sus poderes sino, más bien, en una apreciación realista de la debilidad del contexto político⁵⁴.

5. JUGANDO AL PÓKER

Las lógicas de poder utilizadas a nivel doméstico, y analizadas en este texto, también se pueden observar en la interacción entre la Corte Constitucional italiana y los tribunales europeos. Por razones de brevedad, limitaremos nuestro análisis a la relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Patricia Popelier destaca en este libro que, en principio, todos los tribunales constitucionales de Europa, y no solo el italiano, forman parte de una interrelación con los tribunales europeos que refleja ciertos elementos de actitud, que Marta Infantino denomina “orgullo, respeto y resistencia”⁵⁵. Por supuesto, en el ordenamiento jurídico europeo, la “actitud relacional”

conduzca a la pérdida de un mandato, y de igual manera, que una pérdida de votos se traduzca en la obtención de un mandato.

52 BverfG. Sentencia del Segundo Senado del 25 de julio de 2012 - 2 BvF 3/11. Ver, en particular, par. 162: “Como consecuencia de este hallazgo, existe una falta de regulación válida del procedimiento para la asignación de escaños en las elecciones del *Bundestag* alemán” (trad. de los autores).

53 Ver entonces, p. ej., sentencia 1/2014.

54 Postura sostenida ya por ZAGREBELSKY, G. *La Corte costituzionale e il legislatore*. En BARILE, P.; CHELI, E. y GRASSI, S. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna: il Mulino, 1982, 118, quien sugiere que algunas veces el reemplazo del legislador por parte de la Corte da testimonio de la debilidad de la Corte antes que de su arrogancia.

55 Ver POPELIER, P. *European Relationality in the European Legal Space: The Belgian Case as Evidence for a European Style of Adjudication*, e INFANTINO, M. *The Italian Constitutional*

constituye un “dispositivo” propio de todos los tribunales constitucionales, más que una característica peculiar de la Corte Constitucional italiana. Sin embargo, si nos fijamos en la forma en que se produce esta interacción, puede percibirse de forma evidente un particular “estilo italiano”. Una vez más, la comparación con el “estilo alemán”, que parece tan opuesto, puede ayudar a resaltar estas características representativas.

Vale la pena señalar que la Corte Constitucional italiana entra en el diálogo judicial europeo con una importante desventaja. A diferencia del Tribunal Constitucional alemán y la mayoría de los tribunales constitucionales de Europa, el italiano no tiene jurisdicción para revisar la constitucionalidad de los tratados internacionales, incluidos los Tratados de la Unión Europea, antes de su ratificación. Esto significa que la Corte Constitucional italiana no puede expresar *ex ante* su opinión general sobre los límites constitucionales de la integración europea. No existe una “sentencia *Maastricht*” o una “sentencia *Lisboa*” en la jurisprudencia constitucional italiana. A diferencia del Tribunal Constitucional alemán, la Corte Constitucional italiana no puede interferir con la elaboración de tratados europeos; solo puede intervenir cuando un conflicto concreto entre la Unión Europea y el derecho constitucional se presenta ante un tribunal, y exclusivamente cuando este tipo de conflicto llega hasta la Corte Constitucional.

A pesar de este límite, la Corte Constitucional italiana pudo desempeñar un papel importante en el diálogo judicial europeo sobre derechos fundamentales, como lo ha dejado en claro recientemente la saga del caso *Taricco*. Este último se puede tomar como el mejor ejemplo de un diálogo multinivel al “estilo italiano”. Pero primero examinemos el “estilo alemán”, para que el italiano se vuelva más claro.

Cuando el Tribunal Constitucional alemán se enfrenta a un conflicto real o previsible entre la Unión Europea y el derecho constitucional, tiende a instruir claramente al Tribunal de Justicia sobre los límites dentro de los cuales está dispuesto a aceptar la primacía del derecho de la Unión Europea. Cuando el Tribunal Constitucional alemán establece los límites, el Tribunal de Justicia tiene claro que no puede sobrepasarlos.

Consideremos, por ejemplo, la reacción del Tribunal Constitucional alemán a la lectura amplia del ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el caso *Åkerberg Fransson*⁵⁶. Dos meses después de la sentencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional alemán, en un *obiter dictum* de su sentencia sobre la base de datos del contraterroismo, manifestó:

Court in the European Space: An Empirical Approach, ambos en BARSOTTI et al., *Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

56 Corte de Justicia (GC). Caso C-617/10, 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*.

La sentencia del caso [*Åkerberg Fransson*] no debe entenderse como un acto aparente *ultra vires* (que desborda las competencias) o como un acto que pone en peligro la protección y la aplicación de los derechos fundamentales de los Estados miembros [...] de una manera que cuestione la identidad del orden constitucional de la Ley Fundamental [...]. Por lo tanto, la decisión no debe entenderse o aplicarse de manera que cualquier conexión que se dé entre el sujeto de la disposición y el ámbito meramente abstracto del derecho de la Unión, o los efectos meramente incidentales del derecho de la Unión, pudiese ser suficiente para vincular a los Estados Miembros en virtud de los derechos fundamentales de la Unión, establecidos en la [Carta]⁵⁷.

El Tribunal Constitucional alemán deja poco espacio para la interpretación: el fallo *Åkerberg Fransson* debe interpretarse de manera restringida, so pena de ser declarado *ultra vires*.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional alemán se caracterizan también por un enfoque similar. Dentro de los ejemplos más destacados que se vienen ahora a la mente encontramos el catálogo detallado de los poderes del Estado que no pueden transferirse a la Unión Europea y que está plasmado en la sentencia de *Lisboa*⁵⁸. De igual manera ocurre con la sentencia sobre la identidad constitucional del 15 de diciembre de 2015, en la que el Tribunal estableció el estándar mínimo exigido por la Constitución para permitir la extradición en el contexto de una orden de detención europea⁵⁹. La referencia preliminar del Tribunal Constitucional alemán en la *OMT* puede considerarse el ejemplo más representativo de este enfoque⁶⁰.

En el caso *Taricco*, la Corte Constitucional italiana adoptó un enfoque diferente. Sin lugar a dudas, en su orden de referencia 24/2017, incluso la Corte Constitucional italiana llegó a amenazar, de alguna manera, al Tribunal de Justicia: dejó claro que estaba dispuesto a utilizar su arma más poderosa, los “contra-límites”, si el Tribunal de Justicia confirmaba el inaceptable fallo del caso *Taricco*. Sin embargo, a diferencia del Tribunal Constitucional alemán, la Corte Constitucional italiana no esbozó la decisión que deseaba del Tribunal de Justicia, sino que se limitó a declarar la existencia de un conflicto entre una sentencia del Tribunal de Justicia (*Taricco*) y un principio supremo de la Constitución italiana (el de legalidad en materia penal). La Corte Constitucional italiana no insistió en el alcance del principio de legalidad en materia penal, por lo que aquello que la Corte Constitucional italiana consideró aceptable no quedó claro en el orden de referencia.

Esta decisión parece un movimiento estratégico de la Corte Constitucional en su confrontación con el Tribunal de Justicia. Al no indicar el alcance y los

57 BverfG. Sentencia del Primer Senado del 24 de abril de 2013 - 1 BvR 1215/07.

58 BverfG. Sentencia del Segundo Senado del 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08.

59 BverfG. Orden del Segundo Senado del 15 de diciembre de 2015 - 2 BvR 2735/14.

60 BverfG. Orden del Segundo Senado del 14 de enero de 2014 - 2 BvR 2728/13.

límites del principio supremo que impide el cumplimiento de la sentencia de *Taricco* del Tribunal de Justicia, la Corte Constitucional italiana conserva la capacidad para responder cuando el caso regrese a sus manos, luego de la decisión del Tribunal de Justicia. Es como si la Corte Constitucional italiana hiciera un primer movimiento para establecer previamente cuál será la reacción del Tribunal de Justicia.

Los dos enfoques, tanto el alemán como el italiano, pueden llegar a ser efectivos. El Tribunal de Justicia no solo invalidó la sentencia del caso *Taricco* tras la referencia preliminar de la Corte Constitucional italiana⁶¹, sino que también suavizó la sentencia del caso *Åkerberg Fransson*⁶² y amplió la protección de los derechos fundamentales en los casos de ejecución de una orden de detención europea, en las sentencias *Aranyosi and Căldăraru*⁶³. En los dos casos siguió las “sugerencias” del Tribunal Constitucional alemán.

Si uno tuviera que poner nombre al estilo de la Corte Constitucional italiana, podría sugerir el del jugador de póker. Los juegos de póker se prolongan en el tiempo, por lo que es esencial observar cómo reaccionan los demás jugadores a su movimiento. La Corte Constitucional italiana no pone sus cartas, sus argumentos centrales, sobre la mesa en una sola jugada, sino que anuncia solo una de ellas, posiblemente no la más fuerte, y espera la reacción de su competidor. En un juego de póker puede finalmente ganar el jugador con las cartas más débiles si él (o ella) juega de manera habilidosa, como lo hizo la Corte Constitucional italiana en el caso *Taricco*.

61 Tribunal de Justicia (GC). Caso C-42/17, 5 de diciembre de 2017, *M.A.S., M.B.*

62 Ver Tribunal de Justicia. Caso C-206/13, 6 de marzo de 2014, *Siragusa*; caso C-265/13, 27 de marzo de 2014, *Torralbo Marcos*; caso C-198/13, 10 de julio de 2014, *Julián Hernández*.

63 Tribunal de Justicia (GC). Sentencias unificadas C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*.