



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Groppi, Tania

¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte  
Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 107, mayo - agosto, 2003, p. 0

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710702>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ¿HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL “DÚCTIL”? TENDENCIAS RECIENTES DE LAS RELACIONES ENTRE CORTE CONSTITUCIONAL Y JUECES COMUNES EN LA EXPERIENCIA ITALIANA\*

Tania GROPPi\*\*

**RESUMEN:** La autora presenta un estudio sobre el papel que ha desempeñado el Tribunal Constitucional italiano ante el problema de la legitimación de la justicia constitucional. Comienza describiendo el desarrollo de la tensión que se ha dado entre la justicia constitucional y la democracia. Posteriormente, analiza el sistema italiano de justicia constitucional como un sistema concentrado en el que las decisiones del tribunal producen efectos *erga omnes*. Después explica cómo es que el problema de la legitimidad ha incidido en la composición y actuación del tribunal constitucional. En este sentido, analiza las transformaciones que ha sufrido el sistema italiano en lo que se refiere a los efectos de las sentencias y la participación de los jueces comunes en la justicia constitucional.

**Palabras clave:** justicia constitucional, legitimidad, democracia, efectos *erga omnes*.

**ABSTRACT:** The author puts forward a study on the role performed by the Italian Constitutional Court vis a vis the problem of legitimacy of constitutional justice. She starts with a description of the tension that has been developing between constitutional justice and democracy in Italy. Later, she analyzes the Italian system of constitutional justice, explaining that it is a concentrated system in which the decisions of the Court produce *erga omnes* effects. Moreover, she explains how it is that the problem of legitimacy has influenced on the formation and functioning of the Constitutional Court. In this sense, she examines the transformations that the Italian system has experienced, concerning the effects of the Court's decisions and the participation of ordinary judges in the system of constitutional justice.

**Descriptors:** constitutional justice, legitimacy, democracy, *erga omnes* effects.

\* Traducción de Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

\*\* Universidad de Siena.

SUMARIO: I. Preámbulo. II. La legitimación de la justicia constitucional: un problema todavía abierto (doscientos años después de *Marbury vs. Madison*). III. El sistema italiano de justicia constitucional como sistema concentrado con efectos *erga omnes*. IV. Nuevos tipos de decisiones de la Corte Constitucional. V. El papel de los jueces comunes: hacia un sistema *inter partes* de justicia constitucional.

## I. PREÁMBULO

La Corte Constitucional italiana, que pronunció su primera decisión en 1956, pertenece a la generación de tribunales constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de otros, de más reciente creación, tiene actualmente a sus espaldas una experiencia suficientemente amplia que permite una reflexión de conjunto sobre toda su actividad.

En estos cincuenta y cinco años, el campo en el cual la corte italiana se ha demostrado más creativa en el plano procesal, ha sido el de la tipología y los efectos de sus decisiones: en éstos se concreta tal vez la principal contribución que ha realizado al desarrollo de la justicia constitucional.

En las páginas que siguen se quiere mostrar que la creatividad “pretoria” de la Corte Constitucional italiana al dar vida a nuevos tipos de decisiones, que van más allá de las prefiguradas por la normativa de la materia, se explica por la exigencia de reducir el impacto de los pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema: por la exigencia de hacer *soft*, podríamos decir, o “dúctiles” las propias decisiones.<sup>1</sup> O bien, utilizando expresiones más comunes en los estudios sobre la justicia constitucional: por la exigencia de atenuar la eficacia *erga omnes* de las sentencias, en favor de una eficacia *inter partes*.

<sup>1</sup> Utilizando así la expresión de Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

Para comprender esta afirmación, hay que: a) partir de dos premisas, una de orden teórico, la otra de tipo normativo; b) examinar los principales tipos de pronunciamientos “creativos” de la Corte Constitucional, las sentencias aditivas de principio y las sentencias manipulativas (adeguatrici).

## II. LA LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UN PROBLEMA TODAVÍA ABIERTO (DOSCIENTOS AÑOS DESPUÉS DE MARBURY VS. MADISON)

La primera premisa concierne al tradicional tema de la relación entre justicia constitucional y democracia, y de la legitimación de los tribunales constitucionales.<sup>2</sup>

En los inicios del siglo XXI, la justicia constitucional constituye un elemento cardinal del Estado democrático. Es su ausencia la que puede llevar a dudar de la democraticidad de un ordenamiento. La experiencia de los últimos decenios lo demuestra. Por doquier, en todo el mundo, hemos asistido a las olas de democratización acompañadas de la creación de órganos de justicia constitucional: ha sucedido en África, en América Latina, en los países de la Europa centro-oriental.

Es una orientación actualmente pacífica que hay que crear formas de defensa jurisdiccional de la Constitución, de modo que ningún tipo de acto (ni siquiera la ley del Parlamento) y ningún comportamiento político esté desprovisto de un juez propio: solamente de esta manera puede ser afirmada la supremacía de la Constitución, que para la democracia constitucional parece hoy un requisito imprescindible. También ordenamientos tradicionalmente reacios a admitir formas de control jurisdiccional de las leyes, como los de matriz británica, se han ido lentamente ple-

<sup>2</sup> Sobre lo cual, pueden verse los clásicos Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, Nuevo Haven, 1962; Ely, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980; más recientemente, Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997.

gando a esa necesidad, como demuestran las experiencias de Sudáfrica, Canadá, Nueva Zelanda, Israel y, en fin, del propio Reino Unido.<sup>3</sup>

Sin embargo, esto no quiere decir que este proceso se haya realizado de modo indoloro, ni que haya sido archivada la clásica pregunta, presente desde el inicio de la experiencia estadounidense de la justicia constitucional, hace casi doscientos años: ¿cómo pueden, sobre la base de qué legitimación, nueve jueces deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos, han decidido?

La pregunta continúa aleteando, irresuelta, sobre las más antiguas experiencias de la justicia constitucional, y pendiendo, como una guillotina suspendida, sobre las nuevas. Y es todavía más acentuada que en los Estados Unidos de América, patria de la justicia constitucional, en los ordenamientos de tradición europea, caracterizados por la centralidad de la ley y por la supremacía del Parlamento.

No obstante la opción actualmente casi universal en favor de las Constituciones rígidas, es evidente la dificultad de admitir la existencia de una esfera de justicia (y de sus custodios) desvinculada de la esfera política (y de sus mayorías).

Múltiples son los síntomas de la permanente tensión entre justicia constitucional y democracia: van de las simples palabras (declaraciones de exponentes de las mayorías que se “rebelan” a las decisiones de la corte), a intentos de incidir subrepticamente en la composición de la corte para tomar su control (por ejemplo, modificando el número de sus componentes, o revocándolos, o haciendo que renuncien antes del término), a propuestas de reforma del sistema de justicia constitucional (que lleguen o no a buen fin es secundario), a la desaplicación de las decisiones desagradables por parte de las mayorías políticas (a través de la re-aprobación de leyes declaradas inconstitucionales o a través de la inercia al dar ejecución a las sentencias).

3 Sobre la tendencia, al parecer imparable, a la expansión de la justicia constitucional, véase Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988, pp. 33 y ss.; Vergottini, G. de, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, 1998, pp. 82 y ss.; Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996.

Muchos son también los intentos de encontrar formas de convivencia entre las dos esferas, la de la justicia (constitucional) y la de la política.

La doctrina, por su parte, desde el inicio ha elaborado teorías que justifican la presencia de la justicia constitucional en las democracias: desde la concepción kelseniana de la democracia como compromiso, en el cual los tribunales desarrollan una función anti-mayoritaria, a la de la democracia deliberativa y procedimental habermasiana, en cuyo ámbito los tribunales se legitiman a través de su diálogo continuo con el legislador y la apertura de un espacio público de debate.<sup>4</sup>

Muchas son las soluciones normativas que ofrece el derecho comparado.

La más evidente es la opción para sistemas concentrados de justicia constitucional, caracterizados por la existencia de un juez “especial” encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

La “especialidad” de los jueces constitucionales se puede rastrear en primer lugar en su integración, en la cual intervienen, en mayor o menor medida, sujetos políticos: la elección de sistemas concentrados de justicia constitucional, basados en órganos externos al Poder Judicial se dirige precisamente a buscar un compromiso entre exigencias del derecho constitucional y exigencias de la política.

La amplitud de las competencias de estos “jueces especiales” en los diversos ordenamientos nos habla de la dificultad, más o menos áspera, y de la necesidad, más o menos imperiosa, de alcanzar el compromiso: a los sistemas en los que el juez constitucional especial es tal sobre todo por el objeto de su juicio (la ley del Parlamento, mientras el control de la constitucionalidad de los otros actos corresponde a los jueces comunes), se contraponen sistemas en los cuales el juez constitucional especial es tal por parámetro, en el sentido de que está llamado a pronunciarse no sólo sobre las

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en *id.*, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981, pp. 171 y ss.; Habermas, J., *Fatti enormi. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, 1996, pp. 285 y ss. (N. del T.: de ambas obras hay ediciones en castellano; de la de Kelsen, publicada en México, UNAM, IJ, 2001; de la de Habermas publicada en Madrid, Editorial Trotta, 1998).

leyes, sino sobre cualquier acto, siempre que se encuentre una cuestión de violación constitucional, provenga de quien provenga, intentándose así sustraer por completo la Constitución de las “garras” de los jueces comunes.<sup>5</sup>

Otras soluciones normativas indicativas de la difícil legitimación de la justicia constitucional tienen que ver con la introducción de instrumentos que permiten al poder político superar las decisiones de los tribunales: se va desde ordenamientos en los que esto puede suceder solamente a través de la reforma constitucional o otros en los que las mismas constituciones contienen, para este fin, cláusulas de flexibilización que permiten a la ley ordinaria desatender los pronunciamientos de los tribunales constitucionales, como sucede en los ordenamientos de matriz británica. En estos casos, las decisiones de los tribunales tienden a aparecer como mensajes al Parlamento en forma jurídica.<sup>6</sup>

A esa misma matriz se pueden reconducir las previsiones normativas, presentes en muchos ordenamientos, que, distinguiendo el momento declarativo de la inconstitucionalidad del momento constitutivo, permiten a los tribunales posponer los efectos de sus propias sentencias para dejar espacio a la intervención del legislador: se puede pensar en los casos de pronunciamientos de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad afirmada, pero no declarada, propios de la experiencia alemana o austriaca.<sup>7</sup>

Finalmente, son los tribunales mismos, a través de la propia jurisprudencia, los que han desarrollado técnicas para aumentar su “soportabilidad” para el sistema político. A esta exigencia pue-

<sup>5</sup> Muchos factores inciden sobre una o sobre otra elección, y no es la última la desconfianza hacia los jueces comunes, particularmente fuerte en las fases de la transición a la democracia, como muestra la experiencia de los países de la Europa centro-oriental: véase Bartole, S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993, pp. 193 y ss.; Vergottini, G. de (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, Turín, 2000.

<sup>6</sup> Véase, al respecto, las contribuciones recogidas en Alston, P. (ed.), *Promoting Human Rights Through Bill of Rights*, Oxford, 1999; específicamente Rosa, F., “Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 2, 2002.

<sup>7</sup> Sobre el problema de los efectos temporales de las sentencias, véase también para los perfiles comparados, Pinardi, R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milán, 1993; D'Amico, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milán, 1993.

den adscribirse algunas técnicas de decisión que hacen “medible” el juicio de razonabilidad (*ragionevolezza*), como la ponderación, la atención demostrada en la motivación de las sentencias y, en general, por la transparencia de la motivación, también a través del uso de opiniones disidentes, el self-restraint judicial y la doctrina de las *political questions*, así como la creación de tipos de sentencias que hagan más circunscrito (en el tiempo o en el espacio) el impacto de las decisiones de inconstitucionalidad.

La difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también en la experiencia italiana.

No obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria.<sup>8</sup>

Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional número 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y ha introducido la prohibición expresa de *prorogatio* de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido, en su propio reglamento, aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: por ejemplo el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento, por mayoría calificada),<sup>9</sup> o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una inter-

<sup>8</sup> Para una valoración de conjunto, véase Cheli, E., *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996; Cerri, A. et al., “I quarant’anni della giustizia costituzionale”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 189 y ss.

<sup>9</sup> Sobre este proyecto, nunca presentado al Parlamento, véase Bin, R., “Corte costituzionale, regioni e riforme costituzionali”, *Le regioni*, 2001, pp. 601 y ss.; Bartole, S. et al., “Giù le mani dalla Corte costituzionale”, *La stampa*, 18 de julio de 2001.



vención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo.<sup>10</sup>

Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano ha desatendido una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional número 2 de 1999 constituye un ejemplo de la utilización, por parte del Parlamento, de ese “derecho a la última palabra” que representa en verdad el último recurso de la política:<sup>11</sup> en otros términos, de una reforma constitucional hecha “contra” la Corte Constitucional.<sup>12</sup>

### III. EL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA CONCENTRADO CON EFECTOS ERGA OMNES

Una segunda premisa, indispensable para explicar el contexto italiano, concierne a las características del sistema de justicia constitucional al que dieron vida los constituyentes.

El sistema italiano se coloca dentro del modelo europeo: es, por tanto, concentrado, en cuando que se caracteriza por el privilegio del legislador. En el sentido de que existe un juez especial “por razón de objeto”, llamado a vigilar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley; estos son plenamente eficaces, y deben ser aplicados a todos, hasta que el juez especial no haya declarado su inconstitucionalidad.<sup>13</sup> El

<sup>10</sup> Sobre este diseño de la ley de reforma, presentado al Parlamento por los componentes de la entonces mayoría en el gobierno; Zanon, N., “La Corte, il legislatore ordinario e quello della revisione, ovvero del diritto all’ ‘ultima parola’ al cospetto delle decisioni d’incostituzionalità”, *Giur. cost.*, 1998, pp. 31-69 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el “derecho a la última palabra”, Favoreu, L., “La légitimité du juge constitutionnel”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, pp. 557 y ss.

<sup>12</sup> Para esta lectura de la ley constitucional número 2 de 1999, véase, por ejemplo, Cecchetti, M., “Giusto processo”, *Enciclopedia del diritto*, V Aggiornamento, Milán, 2001.

<sup>13</sup> Así, retomando una noción introducida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, Zagrebelsky, G., *La giustizia...*, cit., nota 3, p. 168.

sistema contiene sin embargo un importante elemento de carácter difuso, en cuanto que corresponde a los jueces comunes el control de constitucionalidad de los otros actos normativos.

Elemento peculiar del sistema italiano de justicia constitucional, que lo connota en el ámbito del sistema europeo, distinguiéndolo de la original impostación kelseniana, es sin embargo, principalmente, su carácter concreto: esto impone la necesidad de introducir elementos de clasificación que van más allá de la esquemática contraposición entre el sistema estadounidense y el sistema europeo de justicia constitucional.<sup>14</sup> De hecho, la vía normal para poner a leyes bajo el juicio de la Corte Constitucional es la vía incidental:<sup>15</sup> corresponde a los jueces comunes, en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. La Corte Constitucional se aboca por tanto a juzgar normas jurídicas en concreto, en el momento de su aplicación a casos de la vida.

Sin embargo, el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional italiana no está plenamente en línea con el carácter concreto asumido por el juicio en la fase de su instauración. Mientras los pronunciamientos de rechazo tienen efectos *inter partes*,<sup>16</sup> los estimatorios (*di accoglimento*) tienen alcances *erga omnes*, según lo establece el artículo 136 de la Constitución italiana.<sup>17</sup> La norma

14 En el sentido propio de Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, pp. 49 y ss. Para la distinción entre sistemas concretos y sistemas abstractos, véase Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quad. cost.*, 1982, pp. 521 y ss.

15 En particular, se trata de la única vía utilizable para la garantía de los derechos fundamentales. La otra vía de acceso al juicio de la corte atañe, de hecho, únicamente a las relaciones entre el Estado y las regiones. Para algunas notas sobre el sistema italiano de justicia constitucional, véase Groppi, T. y Rolla, G., “Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones constitucionales*, 1999-2000, núm. 2.

16 En el sentido de un efecto preclusivo: la misma cuestión no puede ser vuelta a proponer en el mismo juicio por el mismo juez; en sentido parcialmente diverso Ruggeri, A., *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milán, 1990.

17 Con base en tal disposición, “cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”.

declarada inconstitucional es eliminada del ordenamiento para todos, y no solamente en relación al juicio en el cual la cuestión surgió (y que para la corte había constituido también el caso real objeto de su decisión). Al input (concreto e inter partes) no corresponde, podríamos decir, el output (abstracto y *erga omnes*).

Del carácter *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad deriva un impacto inevitablemente “fuerte” de ellas sobre el ordenamiento. A ello se suma una regulación bastante rígida de los efectos temporales de las decisiones. El artículo 136 constitucional parece configurar para la corte la alternativa radical entre estimación o rechazo de la cuestión. El artículo 30 de la ley número 87 de 1953, sobre la Corte Constitucional, ha acentuado esta rigidez, introduciendo, con una interpretación no del todo descontada del artículo 136, la retroactividad necesaria de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad. La ley declarada inconstitucional es expulsada por tanto del ordenamiento *erga omnes* y *ex tunc*, automáticamente, en virtud de las normas referidas, sin alguna posibilidad para la Corte Constitucional de diferir los efectos de la decisión, o de circunscribirlos en el tiempo y en el espacio.

Durante años la Corte Constitucional ha llevado a cabo múltiples intentos de manipular los efectos temporales de sus propias decisiones, con algunos éxitos, pero en conjunto de forma insatisfactoria.<sup>18</sup> Algunos proyectos de reforma del artículo 136 constitucional, como el aprobado el 4 de noviembre de 1997 por la Comisión parlamentaria para las reformas constitucionales<sup>19</sup> estaban orientados a permitir a la corte diferir en el tiempo los efectos de las sentencias estimatorias, con el fin de dar al legislador la posi-

18 Por todos, se puede ver a varios autores, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milán, 1990; véase también Costanzo, P., “Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989”, en Romboli, R. (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Turín, 1991, pp. 76 y ss.

19 La norma que se quería insertar en el artículo 136 constitucional era del siguiente tenor: “Cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día de la publicación de la decisión, salvo que la Corte no establezca un término distinto”. Sobre el proyecto de la Comisión bicamaral en materia de justicia constitucional véase Romboli, R. et al., *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Turín, ed. por F. Dal Canto, 1998.

bilidad de intervenir sobre la materia antes de crearse la laguna; pero han quedado en un estadio meramente proyectual.

Se puede por tanto afirmar que en Italia las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la Constitución y son indisponibles por la corte. Combinándose con el carácter *erga omnes* de los pronunciamientos, tal indisponibilidad genera cuestiones de no fácil solución, como se comprende cuando se considera que toda decisión de anulamiento, eliminando las normas inconstitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo. Esto en numerosos casos (cuando el respeto de la Constitución no exige la eliminación de la norma legislativa sino la sustitución con otra que tenga un contenido conforme con la Constitución misma) no cierra el problema de constitucionalidad, sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo-creativo para reparar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito corte-jueces-Parlamento, del resultado de su acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la corte.

A partir de tales premisas normativas, el intento realizado por la Corte Constitucional italiana en más de cincuenta años de experiencia ha sido el de modular el impacto de sus propias decisiones. Ahora bien, la corte ha intentado continuar el desarrollo, sin abdicar, de su tarea de asegurar la supremacía de la Constitución pero al mismo tiempo de: a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador.

Las exigencias de minimizar el impacto de las decisiones se han hecho más vivas en el curso de los años, bajo la acción de varios y múltiples factores: sobre todo, con el agotamiento del auto-retraso, que hasta fines de los años noventa hacía muy largos los tiempos de su intervención, la corte se ha pronunciado sobre leyes recientes, aprobadas por mayorías políticas todavía existentes; además, con el alejamiento del momento constituyente, y con la desaparición de las mismas fuerzas constituyentes, se ha debilitado

el parámetro constitucional, fuente principal de legitimación de la corte; la necesidad de respetar los parámetros económico-financieros impuestos por la Unión Europea ha convertido en casi indisponible al gasto público y muy difícil la tutela de los derechos de prestación.<sup>20</sup>

#### IV. NUEVOS TIPOS DE DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

##### 1. Las sentencias aditivas de principio

Un primer tipo de problemas se presenta cuando la inconstitucionalidad deriva de la ausencia de una norma, es decir, de la omisión del legislador, o bien cuando la remoción de una norma ilegítima requiere de una doble actividad, de anulación y de integración, porque el vacío sería tan inconstitucional como la norma que se quiere anular.

A falta de una expresa previsión normativa, presente sin embargo en otros ordenamientos (por ejemplo, en Brasil o en Portugal), la alternativa a la que se somete a la corte italiana está entre: a) renunciar a su propia función de garantizar la supremacía constitucional (dejando intacta la laguna o la ley cuya eliminación crearía un vacío constitucionalmente inaceptable); b) invadir el espacio del legislador, colmando ella misma la laguna en nombre de la Constitución.

Cuando a la corte se le requieren decisiones de este tipo, aditivas o sustitutivas, son frecuentes los pronunciamientos de inadmisibilidad por discrecionalidad del legislador (que se configuran como verdaderas declaraciones de inconstitucionalidad afirmada pero no declarada), en el sentido del artículo 28 de la ley número 87 de 1953, según el cual “el control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o acto con valor de ley excluye toda valoración de naturaleza política o control sobre el uso del poder

<sup>20</sup> Sobre los recientes desarrollos de la justicia constitucional en Italia, véase Romboli, R. (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, 1998.

discrecional del Parlamento”. Con frecuencia tales decisiones son acompañadas de una admonición, es decir, de una invitación del legislador a proveer, privada desde luego de cualquier carácter vinculante.

Con el fin de evitar la invasión de la esfera del legislador, la corte, desde los primeros años de su actividad, ha elegido la solución de adoptar pronunciamientos aditivos sólo cuando son “un remedio obligado”:<sup>21</sup> es decir, solamente cuando alcanza a demostrar la presencia de una única solución constitucionalmente admisible, por lo cual la discrecionalidad del legislador no sería invadida por la sentencia sencillamente porque... no existiría. En caso contrario, frente por tanto a la presencia de una pluralidad de soluciones para colmar la laguna, la decisión es de inadmisibilidad.

Más allá del problema de la invasión de la esfera del legislador, las sentencias aditivas producen dificultades también en las relaciones con los jueces: han determinado uno de los raros casos de rebelión de los jueces a la Corte Constitucional, cuando los jueces militares se negaron a aplicar una sentencia aditiva, reconociéndole solamente la parte ablativa, y entendiendo como tarea interpretativa propia la de integrar la laguna.<sup>22</sup>

Por otro lado, frecuentemente la petición de pronunciamientos aditivos sucede en el campo de los derechos sociales: se pide a la corte un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias aditivas, llamadas “de prestación”, suponen el ulterior problema de los efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan. De hecho, con base en el artículo 81 de la Constitución, “toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente”; debe, en otros términos, estar provista de “cobertura” financiera. La interrogación atañe a la extensión de la obligación de cobertura también a las sentencias aditivas: ¿La corte puede impunemente violar el artículo 81, emitiendo sentencias que

<sup>21</sup> Para esta expresión véase Crisafulli, V., *Lineamenti di diritto costituzionale*, Padua, vol. II, parte 2, 1984, p. 408.

<sup>22</sup> Es el caso de la sentencia número 409/1989. Al respecto, véase Siclari, M., “Aspetti problematici del processo costituzionale nell’ultimo triennio”, en Romboli, R. (ed.), *La giustizia costituzionale...*, cit., nota 18, pp. 238 y ss.

inciden de forma importante sobre las cuentas públicas, no disponiendo de la posibilidad de individualizar fuentes de cobertura? Haciéndolo así, se resuelve un problema de inconstitucionalidad, pero se crea al mismo tiempo otro, en cuanto a que su misma sentencia parecería inconstitucional. Por no hablar de la incidencia de estas decisiones sobre las políticas públicas, especialmente en fases de contracción y de la espasmódica búsqueda del equilibrio financiero, como ha sucedido durante el tiempo del nacimiento de la Unión Europea. En los años noventa, también como resultado de algunos casos clamorosos de sentencias constitucionales “costosas”, el problema ha aparecido como ineludible.<sup>23</sup>

Para responder a estas exigencias, la Corte Constitucional ha creado, a partir de 1988 (pero con un notable incremento luego de 1996), un nuevo tipo de decisiones, la sentencia aditiva de principio:<sup>24</sup> como sucede en las sentencias aditivas “clásicas”, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos la corte indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dicta los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar: de este modo se combina en el mismo instrumento decisonal el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia “de delegación”, al-

<sup>23</sup> En particular, las sentencias núm. 495/1993 y núm. 249/1994 han producido un gasto de miles de millones, abriendo el camino para una profunda reflexión sobre el tema de las sentencias que conllevan gastos; véase Groppi, T., “La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale”, en Costanzo, P. (ed.), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, 1996, pp. 269 y ss.

<sup>24</sup> Para esta denominación, véase Zagrebelsky, G., “Problemi in ordine ai costi delle sentenze della Corte costituzionale”, en varios autores, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo 81, ultimo comma, della Costituzione*, Milán, 1993, p. 147; diversamente, Parodi, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Turín, 1996.

canzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.<sup>25</sup>

Si el legislador da seguimiento a la decisión, el único problema que puede surgir es el del respeto al principio constitucional determinado por la corte sobre la ley: el principio “añadido” por la sentencia se convierte en parámetro de la eventual valoración de constitucionalidad del seguimiento legislativo.

El aspecto más innovativo de este tipo de decisiones se rebela frente a la inactividad del legislador. De hecho, en tal caso, corresponderá a los jueces, a todos los jueces, dar actuación a la sentencia de la corte, en concreto e *inter partes*. Tal papel de los jueces al transformar los principios individualizados por la corte en reglas del caso concreto es explícito en algunas sentencias aditivas de principio, que contienen una referencia expresa a la posibilidad de que, frente a la inercia del legislador, intervenga el juez.<sup>26</sup> Pero también allí donde la motivación no contenga alguna mención sobre el papel del juez, y parezca dirigirse solamente al legislador,<sup>27</sup> parecería que queda intacto el espacio para la actuación por vía judicial. Al punto de que, si, en referencia a este tipo de pronunciamientos, el juez repropone la misma cuestión, haciendo manifiesta la inercia del legislador, la corte la declara inadmisibile, recordando que es tarea del juez remediar la omisión para el caso concreto.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Para algún ejemplo, pueden verse las sentencias núms. 185/1998, 26/1999, 32/1999, 61/1999; 179/1999, 270/1999 y 526/2000; véase de todas formas Amoroso, G. et al., *Anuario di giurisprudenza costituzionale*, Milán, 1998 y 1999, 1999 y 2000.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, sentencias núms. 295/1991 o núm. 279/1999.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia núms. 309/1999.

<sup>28</sup> Véase la sentencia núm. 171/1996, en la que se declara inconstitucional la norma sobre la huelga en los servicios públicos, en la parte en que no preveía la obligación de preaviso. La cuestión, nuevamente elevada ante la corte, ha sido declarada manifiestamente inadmisibile, porque la libertad de los profesionistas no es absoluta y corresponde al juez el poder de ponderar los valores en conflicto, el cual alcanza para hacer retroceder la libertad de los profesionistas frente a los otros valores constitucionalmente relevantes: ordenanzas 273 y 318/1996; 106/1998. En esta última, en particular, no se le otorga ningún peso al argumento del juez remitente, que había afirmado estar obligado a volver a elevar la cuestión frente a la inercia del legislador.



## 2. La interpretación conforme (adeguatrice) y el derecho viviente

Pueden ser entendidas en la prospectiva de la “minimización” del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico, también las sentencias interpretativas, basadas en la diferencia entre disposición y norma, que la corte ha utilizado desde los primeros años de su actividad y que guían su relación con los jueces comunes.

Con las sentencias interpretativas, el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución.

Frecuentes han sido los casos en los que la corte ha propuesto a los jueces una interpretación propia, que permita salvar la norma de la inconstitucionalidad: con las sentencias interpretativas de rechazo, la corte afronta la cuestión de que se trata, declarándola no fundada, en cuanto a que es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente del acogido por el juez o por el recurrente, optando por el que considera compatible con la Constitución, desechando los que podrían estar en contraste con la Constitución.

La interpretación ofrecida por la corte no tiene, sin embargo, eficacia *erga omnes*: no es vinculante y puede imponerse solamente gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o de la autoridad del juez de las leyes. Una obligación jurídica se crea solamente frente al juez que ha elevado la cuestión: en el curso del proceso del que está conociendo no puede aplicar la norma con el significado que inicialmente le había atribuido, sobre la base del cual había elevado la cuestión.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Lamarque, E., “Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un’indagine sul ‘seguito’ delle pronunzie costituzionali)”, *Giur. cost.*, 2000, pp. 685 y ss.

Frente a la tendencia de los jueces, existente hasta finales de los años setenta y luego vuelta a aparecer, de desatender la interpretación de las leyes ofrecida por la corte, ésta se ha visto obligada a superar los límites estructurales existentes en las sentencias interpretativas de rechazo, dando vida a la tipología de las sentencias interpretativas estimatorias. Sentencias con las cuales el juez constitucional escoge, de entre los posibles significados de una norma, el que es incompatible con la Constitución, el cual, en consecuencia, es declarado inconstitucional. Queda abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados: el resultado interpretativo es similar al del precedente tipo de pronunciamiento, pero los efectos son distintos. Con las sentencias interpretativas estimatorias la corte no elimina del ordenamiento jurídico la disposición, sino una de las normas que de tal disposición pueden extraerse. La disposición, en otros términos, continúa pudiendo ser aplicada y, por tanto, es eficaz, con excepción de la norma considerada inconstitucional.

Las sentencias interpretativas, en el pasado, han creado múltiples problemas en las relaciones entre la corte y los jueces comunes (primero entre todos la Corte de Casación), a los que corresponde, constitucionalmente, la función de interpretar la ley.

Por estos motivos la Corte Constitucional ha creado la doctrina del “derecho viviente”:<sup>30</sup> ha renunciado a toda libertad interpretativa, asumiendo como objeto de su propio juicio, cada vez que ha sido posible, el derecho viviente, es decir la norma producto de una consolidada interpretación jurisprudencial, apoyada por la existencia de al menos un pronunciamiento de la Corte de Casación. La doctrina del derecho viviente se ha revelado como un elemento decisivo para la solución de los conflictos entre Corte

30 Sobre lo cual, Zagrebelsky, G., “La dottrina del diritto vivente”, *Giur. cost.*, 1986, t. I, pp. 1148 y ss.; Pugiotto, A., *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milán, 1994. Como se sabe, esa “doctrina” se encamina a partir de la afirmación de la corte de acuerdo con la cual “la Corte, si bien entiende que puede y debe interpretar con autonomía de juicio y de orientaciones la norma constitucional que se asume violada y la norma ordinaria que se acusa de violarla, no puede no tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen propuestas en abstracto, sino como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del juez, dirigida a volverlas concretas y eficaces” (sentencias núm. 3/1956).

Constitucional y jueces comunes, al grado que, escribiendo en 1988, un notable estudioso de la justicia constitucional podía tranquilamente afirmar que tales problemas estaban resueltos del todo.<sup>31</sup>

Por tanto, podemos decir que, en presencia de derecho viviente: a1) si el juez remitente ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre el derecho viviente y ésta es infundada, la corte adoptará un pronunciamiento de rechazo; a2) si el juez ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre el derecho viviente, y es fundada, la corte adoptará el pronunciamiento de inconstitucionalidad; b1) si el juez no ha elevado cuestión sobre norma viviente, pero existe derecho viviente no inconstitucional, la corte rechaza, con un pronunciamiento de interpretación conforme (*adequatrice*), invitando al juez a seguir el derecho viviente; b2) si el juez no ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre derecho viviente, pero existe derecho viviente inconstitucional, la corte lo anula, con una decisión interpretativa estimatoria.

En la jurisprudencia constitucional de los últimos años la “doctrina del derecho viviente” aparece sin embargo puesta en discusión. De hecho, ya sea que el juez remitente sea aislado y proponga una interpretación en contraste con el derecho viviente, sea que eleve cuestión de constitucionalidad sobre derecho viviente inconstitucional, la Corte Constitucional no renuncia a proponer en todo caso su propia interpretación, si es necesario en contraste con el derecho viviente, y sólo sucesivamente, si la interpretación inconstitucional persiste, la anula.

La Corte Constitucional ha expresamente afirmado que, si bien consciente de proponer una interpretación en contraste con la seguida por la jurisprudencia, la fuerza preeminente de los principios constitucionales impone no dar seguimiento, sobre todo en sede interpretativa, a una reconstrucción del sistema que se traduciría en una lesión de esos principios.<sup>32</sup> Es por tanto deber del inter-

31 Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale...*, cit., nota 3, pp. 314 y 504.

32 Así, sentencias núms. 232/1998 y 419/1999.

prete, incluso en presencia de derecho viviente, examinar si no es posible una lectura distinta, la cual evite la ilegitimidad constitucional.

La corte hace prevalecer sobre la doctrina del derecho viviente la de la interpretación conforme a la Constitución, optando por tanto por un pronunciamiento de interpretación conforme (*adeguatrice*).<sup>33</sup>

La centralidad de la “doctrina de la interpretación conforme a la Constitución” está testimoniada también por las orientaciones jurisprudenciales asumidos en ausencia de derecho viviente. Aquí, tradicionalmente, la Corte Constitucional, recuperando su propia capacidad interpretativa, se entiende libre de optar por un pronunciamiento de interpretación conforme, cada vez que sea posible una interpretación no inconstitucional de la disposición censurada.<sup>34</sup>

También en esta hipótesis los años más recientes han sin embargo mostrado una significativa evolución: siempre con mayor frecuencia la corte renuncia a “proponer” una interpretación propia a través de una sentencia interpretativa de rechazo, y opta por una decisión de inadmisibilidad, pidiendo al juez que realice él mismo una interpretación conforme a la Constitución: “las leyes no se declaran inconstitucionales porque es posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque no es posible darles una interpretación constitucional”.<sup>35</sup> De tal modo que a las dos verificaciones que el juez a quo, en la ordenanza de remisión, debe demostrar haber cumplido para que la cuestión sea admisible (re-

<sup>33</sup> Bajo el nombre de pronunciamientos de interpretación, conforme entran por tanto todas las decisiones en las que la interpretación realizada por el remitente, coincida o no con el derecho viviente, es inconstitucional, pero existe otra, no inconstitucional, que también es posible: véase, por ejemplo, Pace, A., “I limiti dell’interpretazione ‘adeguatrice’”, *Giur. cost.*, 1963, pp. 1066 y ss.; más recientemente, Amoroso, G., “L’interpretazione ‘adeguatrice’ nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, *Foro It.*, 1998, t. V, pp. 89 y ss.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias núms. 138/1998 y 139/1998; en esta última se afirma: “el principio de superioridad de la Constitución... prohíbe a los jueces, en presencia de más de una interpretación posible, adoptar la que haría resultar a la disposición de ley contraria a la Constitución, y les impone elegir la solución interpretativa constitucionalmente conforme”.

<sup>35</sup> Sentencias núms. 356/1996, 147/1998, 65/1999, 174/1999, 200/1999 y 319/2000.

levancia y no manifiesta falta de motivación) se agrega una tercera: el remitente debe mostrar haber intentado realizar la interpretación de la disposición conforme a la Constitución, pero que esto ha sido imposible.

La nueva orientación de la jurisprudencia constitucional, y sobre todo el abandono de la doctrina del derecho viviente en favor de la de la interpretación conforme a la Constitución,<sup>36</sup> no ha vuelto nuevamente problemáticas sus relaciones con los jueces comunes, como se podría suponer. En el fondo, el reclamo a la necesidad de interpretación conforme a la Constitución, en presencia de derecho viviente, suena como un llamado a los jueces inferiores para invitarlos a rebelarse contra la Corte de Casación, aunque sea en nombre de la Constitución.

La Corte de Casación ha mostrado aceptar completamente las elecciones interpretativas de la Corte Constitucional.<sup>37</sup> Un caso particularmente significativo es el del seguimiento de la sentencia número 232 de 1998, en materia de términos procesales. Aquí la corte había reconocido la inconstitucionalidad del derecho viviente, pero había invitado a los jueces a una interpretación conforme, afirmando que la preeminencia de los valores constitucionales en el ordenamiento se actúa a través de la interpretación-aplicación del significado conforme a la Constitución, más que a través de la declaración de inconstitucionalidad. Justamente en referencia a esta decisión, la Corte de Casación<sup>38</sup> ha afirmado que, en el caso de las sentencias interpretativas de rechazo, cuando la solución adoptada por la corte sea la única compatible con los parámetros constitucionales, todos los jueces no deben aplicar la disposición en un sentido distinto de que fue indicado en ella, sin antes haber elevado cuestión de constitucionalidad.

<sup>36</sup> Al respecto, véase Anzon, A., "Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente", *Giur. cost.*, 1998, pp. 1082 y ss.

<sup>37</sup> Sobre los motivos de esta "aquiescencia", véase Lamarque, E., "Le sezioni unite penali 'si adeguano' all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale", *Giur. cost.*, 1999, pp. 1412 y ss.

<sup>38</sup> Véase Corte di cassazione, Sez. unite penali 16 diciembre 1998, Alagni, *Giur. cost.*, 1999, pp. 1402 y ss.

La Corte de Casación ha elegido por tanto abandonar su propia jurisprudencia, adecuándose a la indicación de la Corte Constitucional, mostrando reconocer la preeminencia de la doctrina de la interpretación adecuada o conforme a la Constitución sobre la del derecho viviente.

#### V. EL PAPEL DE LOS JUECES COMUNES: HACIA UN SISTEMA INTER PARTES DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Las líneas de tendencia que surgen en los últimos años en la jurisprudencia constitucional italiana van en el sentido del reconocimiento de un espacio siempre más amplio a los jueces comunes, que enfila al sistema de justicia constitucional italiano en la dirección de los modelos difusos.

Si, en los primeros años de vida de la Constitución parecía indispensable poder disponer de un juez especial para el legislador, y era muy fuerte la desconfianza hacia la sensibilidad constitucional de los jueces comunes, hoy es justamente el juez especial, la Corte Constitucional, quien vuelve a llamar al juego a los jueces comunes, reconociéndoles una posición bastante más relevante que la diseñada por el modelo normativo.

Según este modelo, de hecho, los jueces comunes tienen un papel relevante en el sistema de control de constitucionalidad de la ley esencialmente en la fase “ascendente”, en la cual la cuestión de constitucionalidad es planteada: el juez es el “portero”<sup>39</sup> de la Corte Constitucional, en un sistema desprovisto del recurso directo de los ciudadanos como es el italiano. Por el contrario, la Corte Constitucional ha terminado por reconocer a los jueces comunes una importante posición en la fase “descendente”, en la aplicación de sus propias decisiones y, más en general, de la Constitución, como muestran los ejemplos citados: la corte ha llamado a los jueces a ejercer directamente el control de constitucionalidad de

<sup>39</sup> Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, 1950, XII.

las leyes, con el único límite de la imposibilidad de desaplicar directamente (es decir, sin recurrir antes a la Corte Constitucional) la ley inconstitucional.<sup>40</sup>

Una explicación de esta tendencia puede ser encontrada en la necesidad, de la Corte Constitucional, de minimizar el impacto de sus propias decisiones sobre el sistema. Delegando a los jueces parte de sus funciones, llamándolos en su ayuda, puede evitar actuar a través del gravoso instrumento de las decisiones *erga omnes*, el único de que dispone, para usar el más ágil de los pronunciamientos *inter partes*. Si, probablemente, esto le permite alcanzar el objetivo deseado, de la legitimación de la justicia constitucional, al mismo tiempo contribuye a diluir la noción de “especialidad”: esos jueces comunes que el constituyente había removido con la elección de un modelo concentrado vuelven a ser los protagonistas no sólo de la promoción de la cuestión de constitucionalidad, sino también de la aplicación de la Constitución.

La tendencia a acrecentar el papel de los jueces comunes, por otro lado, en la jurisprudencia constitucional de los últimos años, va más allá de los ejemplos expuestos sobre la aplicación de las sentencias *aditivas* de principio o la necesidad de interpretación conforme a la Constitución.

En algunas decisiones recientes, la corte ha llamado a los jueces comunes no tanto a aplicar un principio que ella haya creado y luego “propinado” a ellos, sino, directamente, a decidir el caso sobre la base de la aplicación de las normas constitucionales: en ausencia de reglas creadas por el legislador, la corte no ha declarado inconstitucional una laguna colmándola (ni siquiera con un principio), sino que ha invitado al juez a buscar él mismo el principio en el sistema constitucional. Esto ha sucedido en materias de frontera, como la de la fecundación asistida, no (todavía) regulada por el legislador: aquí, frente a la solicitud de desconocimiento de la paternidad de un padre que, a su vez, había prestado su consentimiento para la inseminación heterónoma de su mujer,

40 Pero no olvidemos que los jueces comunes ya desaplican las leyes, en Italia como en los otros países de la Unión Europea, por contraste con el derecho comunitario.

la corte ha negado la posibilidad de aplicar las normas sobre el desconocimiento de la paternidad por adulterio, pero ha rechazado, al contrario de lo que el juez le pedía, emitir una sentencia aditiva. La corte ha invitado al legislador y (“en la actual situación de carencia legislativa”) al juez a buscar en el complejo del sistema normativo la interpretación idónea para asegurar un razonable punto de equilibrio entre los diversos bienes constitucionales implicados.<sup>41</sup>

A esto se suman las decisiones, bastante numerosas, particularmente en el sector de los derechos de los menores, que declaran inconstitucionales normas generales y abstractas en cuanto no derogables por los jueces comunes según las exigencias de los casos.<sup>42</sup>

La corte reconoce que en ciertas materias el legislador no parece estar en posibilidad de tener en cuenta las exigencias de los casos concretos, y provee para individualizar en el juez ordinario el sujeto al que corresponde efectuar “la ponderación (bilanciamento) en concreto”, fijando al mismo tiempo los principios en los que aquellos deben inspirarse: sentencias por tanto que muestran la tendencia a pasar de un “derecho de reglas” a un “derecho por principios”, fuertemente expuesto a la presión de los “casos” de la vida, en el cual el papel del juez viene a ser decisivo.<sup>43</sup>

Con estas decisiones parece reconocerse definitivamente la quiebra del mito revolucionario y decimonónico de la ley general y abstracta, de la ley igual para todos, que ha formado parte, desde Beccaria hasta nuestros días, de la tradición jurídica occidental.

En otros términos, el renovado espacio reconocido a los jueces comunes en el juicio constitucional no sólo encuentra justificación en las exigencias de legitimación de la justicia constitucional, sino más en general se explica por el surgimiento de una comprensión

41 Así la sentencia núm. 347/1998.

42 Las decisiones en materia de adopciones (sentencias núms. 349/1998 y 283/1999) y, más en general, de menores (sentencias núms. 436/1999 y 450/1998) constituyen una clara señal de esa tendencia jurisprudencial, que se encuentra también en muchos otros sectores (por ejemplo, véase sentencia núm. 418/1998).

43 Sobre el paso del derecho por reglas al derecho por principios, véase Zagrebelsky, G., *El derecho...*, cit., nota 1.



cultural de la Constitución y del derecho que no reconoce más al derecho de reglas la capacidad de responder a las demandas de justicia que provienen de la sociedad pluralista y que comporta un replanteamiento de las categorías jurídicas tradicionales, más allá del estudio de los sistemas europeos de justicia constitucional.