

REALISMO Y CONCRECIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN ITALIA*

Gustavo ZAGREBELSKY**

SUMARIO: *Introducción. I. El control incidental. II. La eficacia de la anulación. III. El principio de igualdad y la razonabilidad de las leyes. IV. La teoría del derecho viviente.*

INTRODUCCIÓN

LA CONCEPCIÓN del control de constitucionalidad de las leyes en la que se inspiraron los constituyentes italianos en 1947 es indudablemente una concepción “abstracta”. Con este término entiendo al control sobre la conformidad a la Constitución de la ley en cuanto tal, como texto normativo considerado en sí mismo, y no el control de la ley en cuanto regla aplicable a relaciones jurídicas concretas y controvertidas, ni tampoco de la ley en cuanto regla asumida de manera efectiva como base de las decisiones jurisprudenciales.

Esta concepción abstracta deriva de la adhesión a la idea de la declaración de inconstitucionalidad como decisión de abrogación de la ley, es decir como *contrarius actus* respecto a la aprobación parlamentaria que se adopta en un procedimiento normativo especial, donde la ley no se aplica a hipótesis concretas de la vida, y que se confía a un órgano —la Corte Constitucional— que no pertenece al orden judicial pero que se coloca por fuera y por encima de la tripartición de poderes.

A través de esta opción el constituyente italiano creyó adherirse a un tipo de control de constitucionalidad de naturaleza concentrada según el ejemplo

* Traducción de César Astudillo y Miguel Carbonell (IIJ-UNAM).

** Ex presidente de la Corte Constitucional de Italia.

representado entonces por la *Verfassungsgerichtsbarkeit* propugnada por Hans Kelsen y adoptada en Austria entre las dos guerras mundiales.

El sistema concentrado busca un equilibrio entre dos exigencias, la superioridad de la Constitución y la fuerza de la ley, a través de aquello que la literatura alemana ha denominado el *privilegio del legislador*. Consta de estos dos aspectos: ante todo, el legislador cuenta con un “juez” propio que opera a través de procedimientos particulares creados especialmente para tomar en cuenta las características del control de constitucionalidad sobre las leyes y sobre las exigencias políticas que en ellas se hacen valer (existe aquí la posibilidad de establecer un paralelismo con las razones históricas que determinaron el surgimiento de una nueva “justicia especial”, la justicia administrativa: como allá se necesita un juez *de la* administración, así aquí se requiere un juez *de la* legislación: fórmulas donde el “de la” expresa toda su ambigüedad); en segundo lugar la ley es obligatoria para todos los jueces ordinarios y administrativos (lo que quiere decir, simplemente: para todos), hasta que no sea declarada inconstitucional por el sujeto exclusivamente competente a controlar sus vicios.

Las consecuencias de una decisión como ésta deberían haber sido las siguientes:

- a) El control de constitucionalidad se habría desarrollado en un contexto procedimental “de derecho objetivo” y no “de derecho subjetivo”, orientado principalmente a asegurar la coherencia del sistema normativo respecto a los parámetros fijados por las normas constitucionales y solo secundariamente, o consecuentemente hubiera asegurado la protección de las posiciones subjetivas garantizadas por la Constitución;
- b) Las decisiones de inconstitucionalidad habrían asumido naturaleza de legislación negativa, según la concepción kelseniana;
- c) Ya que la ley inconstitucional pierde su eficacia sólo a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, antes de tal declaración, la ley, con independencia de cuales sean las sospechas abrigadas sobre su no conformidad con la Constitución, hubiera sido obligatoria para todos;
- d) La interpretación de las normas y los principios constitucionales hubiera estado reservada solamente a la Corte Constitucional, mientras los jueces ordinarios y administrativos habrían tenido que aplicar únicamente la ley, rescatada eventualmente indemne de su paso por el control de constitucionalidad según la máxima: la Constitución a la Corte Constitucional; la ley a los jueces.

Todos estos principios resultaron desmentidos o redimensionados como consecuencia de cuatro órdenes de razones; una relativa al procedimiento; otra al alcance de las decisiones de inconstitucionalidad; una tercera, a un principio general sustancial de la Constitución, y una cuarta, a la relevancia que asume la interpretación de la ley dada en su precedente aplicación judicial. Se trata:

- a) De la adopción de la vía incidental como procedimiento normal para acudir *saisir* a la Corte Constitucional;
- b) De la eficacia de la anulación con que se encuentran revestidas las sentencias de la Corte Constitucional;
- c) De la concepción del principio de igualdad (artículo 3 Constitucional) como imperativo de razonabilidad o adecuación de la ley a situaciones concretas y
- d) De la doctrina del “derecho viviente”.

Consideramos que éstos son los aspectos característicos del control de constitucionalidad en Italia, particularmente relevantes bajo la perspectiva del carácter concreto o, como se ha sugerido por los promotores de este *Cahier du Conseil Constitutionnel*, del carácter “realista” del control de constitucionalidad de las leyes.

I. EL CONTROL INCIDENTAL

La disciplina de la *saisine* de la Corte Constitucional no se encuentra contenida en la Constitución, sino en una ley constitucional sucesiva (ley Constitucional número 1 de 1948) que ha establecido que —aparte del contencioso legislativo entre el Estado y las regiones que presenta características totalmente abstractas— la “cuestión de constitucionalidad de una ley” sobre la que existan dudas de conformidad con la Constitución (cuestión “no manifiestamente infundada”), advertida por el juez dentro de cualquier procedimiento judicial, sea remitida a la Corte Constitucional cuando el juicio ordinario o administrativo no pueda ser definido con independencia de la resolución previa de la misma cuestión de constitucionalidad (cuestión “relevante”). El proceso civil, penal o administrativo dentro del cual se advierte la cuestión de constitucionalidad para su transmisión a la Corte Constitucional, debe ser necesariamente suspendido hasta la decisión constitucional y ello depende de la circunstancia de que el control desarrollado por la Corte Constitucional pueda incidir sobre las posiciones subjetivas que son objeto del juicio *a quo*.

El *carácter incidental* de la *saisine* constituye un primer elemento de separación respecto a la originaria concepción abstracta del control de constitucionalidad. Los constituyentes presuponían un procedimiento de compatibilidad entre textos normativos, constitucionales y legislativos, desvalorizando, en cierto modo, la importancia del modo de acceso al control de constitucionalidad respecto a su configuración abstracta-concreta. Con la *saisine* incidental, el control de constitucionalidad de la ley se encuentra, por así decirlo, hibridado por la garantía de situaciones subjetivas constitucionales de las cuales se hace garante el juez *a quo* que eleva la cuestión frente a la Corte Constitucional. La concepción abstracta se vuelve insostenible.

En algún momento la doctrina ha oscilado en el modo de entender la relevancia de la cuestión de constitucionalidad. La oscilación ha derivado de una carente toma de posición clara y definitiva dentro de la alternativa entre un control de constitucionalidad abstracto o uno concreto. Dentro de la perspectiva abstracta se ha sostenido que el proceso *a quo* debía entenderse como la simple *occasio* de la cuestión de constitucionalidad y que el origen procesal de la cuestión se debía explicar considerando simplemente que la actividad de los jueces penales, civiles y administrativos representa un *speculum* a través del cual la totalidad del ordenamiento legislativo puede someterse a observación. En cambio, al lado opuesto de la alternativa se sostenía que la relevancia de la cuestión debía entenderse en sentido riguroso como *necesidad de aplicación* de la ley bajo sospecha de inconstitucionalidad en la definición del juicio. En medio, estaba la opinión según la cual hubiera sido suficiente la *posibilidad de la aplicación* de la ley en el proceso. En todo caso, el control de la relevancia habría correspondido únicamente al juez, *a quo* dentro del ámbito de sus autónomas apreciaciones acerca de la individualización de la norma de ley a aplicar a la hipótesis objeto de juicio. Hoy la situación se ha estabilizado a través de proposiciones que son recurrentes dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: la relevancia consiste en la *necesaria aplicación* de la norma al caso; al juez *a quo* corresponde determinar la norma relevante para la decisión de la causa; a la Corte Constitucional, no obstante, compete corregir los errores manifiestos para evitar que la cuestión en lugar de concreta se vuelva abstracta; el juez *a quo* en el auto que eleva la cuestión de constitucionalidad debe ofrecer una adecuada descripción de la hipótesis sobre la que centra su razonamiento, y allí donde no la dé, la cuestión será inadmisibile.

La conclusión que podemos extraer es que nos encontramos frente a un vuelco: lo que originariamente era una concepción objetiva y abstracta del control de constitucionalidad se ha transformado en una concepción

subjetiva y concreta. Originalmente se decía: quitemos de en medio a la ley inconstitucional y, consecuentemente, protejamos los derechos constitucionales que la misma ha vulnerado. Ahora se debería decir: protejamos los derechos constitucionales y, consecuentemente, eliminemos la ley que los viola.

No se trata solamente de una inversión formal. Lo que cambia es la sustancia. La narración de la concreta vicisitud procesal que pone en marcha al juicio de constitucionalidad tiene una fuerza propia que condiciona las valoraciones de la Corte Constitucional. Valgan los dos ejemplos representados por las sentencias número 148 de 1992 y 303 de 1996. La ley italiana sobre la adopción establecía que entre el menor adoptado y los padres adoptivos debería existir una diferencia de edad de no más de cuarenta años (y de no menos de dieciocho años): una norma del todo razonable que nunca nadie se había imaginado contestar. No obstante, los casos que la vida ofrece son más numerosos que aquellos que el legislador puede imaginarse en abstracto. De esta forma, sucede que una pareja, respetando la edad establecida, había adoptado de forma regular a un menor que tenía un pequeño hermano más chico con el cual había compartido su vida hasta entonces. ¿También él podía ser adoptado por la misma familia para no separarlo del hermano si bien la diferencia de edad, en su caso, superaba los cuarenta años? La ley decía que no.

La Constitución, basada en el principio de la tutela de los intereses del menor y del *favor* por la constitución o reconstitución de un ambiente familiar en el que la convivencia entre hermanos representa un elemento relevante, ha estipulado que sí a través de la Corte Constitucional, quien no ha quitado de en medio la norma de ley pero ha establecido una excepción para casos como el que ha ofrecido el juicio *a quo*. Dentro de otra circunstancia entre adoptantes y adoptados, se había puesto el caso de un menor que ya convivía con una familia desde hacía algún tiempo (en aplicación del instituto de la confianza) cuya diferencia de edad era por poco superior a la establecida para la adopción por la ley, pero en relación a uno solo de los cónyuges y no al otro. En este caso, la Corte Constitucional ha estipulado que el interés del menor se habría sacrificado si la adopción no hubiese sido posible. En ambos casos, la norma de la ley, como tal, no ha sido considerada inconstitucional sino sólo en relación a los dos casos concretos referidos y por ello ha sido impactada solo parcialmente, en la medida que la prohibición se debería aplicar a las dos hipótesis. Se trata de dos ejemplos de declaración de “inconstitucionalidad parcial”, donde la parte inconstitucional esta representada por las hipótesis concretas objeto del juicio *a quo*. He aquí como

puede jugar el carácter realista del juicio de la Corte Constitucional, como consecuencia de su matriz incidental.

II. LA EFICACIA DE LA ANULACIÓN

El primer párrafo del artículo 136 de la Constitución, en perfecta armonía con la concepción abstracta del control de constitucionalidad, establece que “la ley declarada inconstitucional cesa su eficacia a partir de el día siguiente de la publicación de la sentencia” sobre el *journal officiel*. La doctrina que primeramente se ha ocupado de la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad ha hablado coherentemente de abrogación: eficacia *erga omnes* y *pro futuro*. Consecuentemente, las relaciones jurídicas existentes antes de ese momento deberían continuar regulándose por la ley declarada (luego) inconstitucional. La sentencia de la Corte Constitucional no desplegaría ninguna eficacia retroactiva.

No obstante, la *saisine* incidental ha hecho improponible la concepción abrogadora de las decisiones de inconstitucionalidad. Es más, dentro del proceso *a quo* se discute en relación a una controversia que tiene por objeto hechos, acciones y relaciones existentes en un momento precedente.

La jurisdicción mira hacia el pasado. Con mayor razón, los hechos, las acciones y las relaciones discutidas frente a los jueces civiles, penales o administrativos son anteriores al juicio de la Corte Constitucional e, incluso, dentro de una razón más fuerte, son anteriores al momento en que la sentencia de inconstitucionalidad despliega sus efectos según el primer párrafo del artículo 136 constitucional. Si se hubiese mantenido firme la inicial idea de la sentencia de inconstitucionalidad como abrogación de la ley inconstitucional, el proceso *a quo*, precisamente del cual surge la cuestión, no habría podido favorecerse. Por lo tanto, nadie —ni las partes, ni el juez *ex officio*— habrían tenido interés de proponer la cuestión de inconstitucionalidad. Su carácter “prejudicial” habría sido contradicho por el valor únicamente prospectivo de la declaración de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, una vez incorporada la *saisine* incidental era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto al pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la ley número 87 de 1953 (la ley orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido “la cesación de eficacia” del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a

sede judicial, particularmente aquella que ha sido objeto del juicio *a quo*. Esta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgado que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida (límite, por otro lado, que supera el mismo artículo 30 párrafo IV de la misma ley, al establecer que en el ámbito penal las sentencias condenatorias, aún cuando sean irrevocables, puedan ser impactadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se encuentra en su base).

La lógica de la *saisine* incidental, sin embargo, va más allá. La Corte Constitucional es interpelada a partir de un juicio. Debe, por tanto, dar una respuesta al juez que la ha requerido. En otras palabras: el juicio abstracto de constitucionalidad tal cual fue imaginado por los constituyentes podría alcanzar plenamente su finalidad con la simple eliminación de la ley de inconstitucional, es decir, con la creación de una laguna en el derecho. En efecto, la Constitución prevé simplemente sentencias desestimatorias (cuando rechaza la duda de inconstitucionalidad) y estimatorias (cuando la ley es eliminada por estimar fundada la duda) a la Corte Constitucional. Pero el juicio concreto de constitucionalidad, es decir, el que se promueve por exigencias procesales prácticas no puede estar de acuerdo con ello. Necesita que al juez *a quo* le sea provista otra norma, constitucionalmente adecuada, en lugar de aquella declarada inconstitucional, a efecto de que la pueda aplicar en el juicio. La pura y simple anulación sería suficiente en un ordenamiento de tipo radicalmente liberal en el cual cada norma de ley positiva pueda considerarse como una excepción al principio general de libertad: eliminada la ley inconstitucional se expandiría el principio de libertad y el juez podría hacer referencia a ello para decidir el caso. Empero, nuestros ordenamientos constitucionales son mucho más complicados; los derechos constitucionales no se reducen en absoluto a la defensa frente a la injerencia del poder público puesto que exigen, para valer, intervenciones positivas y normas que los protejan y los expandan. Estos son, en síntesis, los motivos que explican el florecimiento de una tipología de decisiones (sentencias interpretativas, estimatorias y desestimatorias, parciales, aditivas, sustitutivas, correctivas, de principio, etcétera) inexplicable dentro de la lógica del juicio abstracto de constitucionalidad, pero fácilmente comprensible en la lógica del juicio concreto.

Dentro del sistema de justicia constitucional no se encuentra previsto un recurso individual para acceder a la Corte Constitucional con la finalidad de tutelar los derechos constitucionales violados por la ley. Es decir, no está

previsto el más concreto de los instrumentos de tutela. Nosotros no conocemos el *amparo* o la *Verfassungsbeschwerde* (a pesar de que existen estudiosos que proponen su introducción). Sin embargo, por el modo como se ha configurado, el sistema incidental se aproxima a un recurso igualmente concreto con la particularidad, empero, de tener que dirigirse directamente al juez civil, penal o administrativo competente y no a la Corte. De ahí podrá dar el salto hacia la Corte. Es más, si un juez de primera instancia se refutara a abrir la puerta al proceso constitucional, este sólo hecho podrá ser motivo de apelación y de un recurso de casación. Se dirá: en los sistemas que admiten el recurso directo, existe la posibilidad de defenderse inmediatamente respecto de la ley (incluso en relación a los actos de los poderes públicos de naturaleza no legislativa).

En cambio, en el sistema incidental es preciso que exista un derecho violado por un acto de aplicación de la ley para que se pueda pedir protección al juez competente y luego, de forma eventual, a la Corte Constitucional. Por tanto, la diferencia parece importante. Sin embargo no siempre es así puesto que a menudo no se debe esperar a que alguien sea vulnerado en sus derechos para desvincularse de la fuerza de la ley. Frente a una ley tachada de inconstitucionalidad es posible provocar artificialmente su aplicación a través de una violación intencional predispuesta al objeto de instaurar un juicio y de ahí solicitar la declaración de inconstitucionalidad, a modo de sacudirse de encima a la ley inconstitucional. Es el instrumento de la *lis ficta*, utilizado con frecuencia si bien “con el riesgo y el peligro” de quien lo utiliza. Pero donde la inconstitucionalidad es clara, el riesgo y el peligro se reduce considerablemente, e incluso bajo esta perspectiva la situación no es tan distante de la del recurso directo contra la ley que se admite en otros, pero no en el ordenamiento italiano.

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA RAZONABILIDAD DE LAS LEYES

El principio de igualdad, establecido en el artículo 3 de la Constitución italiana, no vale como mandato de universalidad de las leyes. Vale, por el contrario, como imperativo para regular, de un modo igual, las situaciones razonablemente similares y, en un modo distinto, las situaciones razonablemente diversas. Entendido en este sentido, la igualdad comporta la contracción del carácter general de la ley y la multiplicación de las leyes “con generalidad reducida” o, dicho de otra forma, de las leyes “con generalidad relativa”. Las leyes de privilegio están excluidas, siempre que el criterio de diferenciación que adopten esté prohibido por la Constitución: por ejemplo,

el sexo, la fe religiosa y las convicciones políticas, las condiciones personales y sociales. Pero, fuera de estas hipótesis, se admiten las distinciones y las clasificaciones que no resulten arbitrarias (el criterio de la no arbitrariedad está en las manos del legislador, en primera instancia, y de la Corte Constitucional, en segunda).

La prohibición de leyes que arbitrariamente equiparan situaciones razonablemente diversas, comporta por sí misma, una normación que responde a las particularidades concretas de los casos a regular. Pero es también la razón que justifica una jurisprudencia constitucional aparentemente sorprendente: la que considera inconstitucionales leyes caracterizadas por un *exceso de generalidad* que sacrifica las particularidades de los casos concretos. Según los principios del Estado liberal, las leyes que se veían con sospecha eran las que pecaban por defecto de generalidad y precisión. En el llamado Estado social, el Estado que da relevancia a las particularidades de las condiciones sociales a fin de darles tratamientos jurídicos adecuados, pueden ser las leyes excesivamente generales y constrictivas las que causen problemas. El problema se hace evidente en relación a los llamados “automatismos rígidos” previstos por las leyes que olvidan diferencias relevantes entre los casos que caen en su ámbito de regulación, cuando lo necesario es una consideración articulada de los bienes jurídicos en cuestión.

Un primer campo de aplicación de esta regla de la sospecha frente a normas legislativas demasiado rígidas es el de las sanciones penales y administrativas. Es necesario que la ley deje márgenes de apreciación “discrecional” al juez, en relación a los casos concretos que puedan presentarse. Un buen ejemplo puede estar representado por la sentencia número 40 de 1990, que declaró inconstitucional la inhabilitación *de iure* para el ejercicio de la profesión al notario condenado por delitos contra la fe pública mediante una sentencia carente de definitividad. En la motivación de la sentencia se lee que “debe permitirse al juez valorar discrecionalmente, en relación a la gravedad del hecho y de sus circunstancias, así como a la personalidad del sujeto agente, la oportunidad de aplicar o no aplicar la medida cautelar”. Es necesario que “el principio de proporcionalidad, que está en la base de la racionalidad que rige al principio de igualdad, regule siempre la adecuación de la sanción al caso concreto”.

Otro campo de aplicación de la prohibición de “automatismos rígidos”, se encuentra en el campo de las sanciones penales en general, y particularmente en relación a los menores de edad. Valga a propósito, como ejemplo, la sentencia número 109 de 1997, en la que se lee que:

[...] contrasta irremediablemente con las exigencias tuteladas por la Constitución el rígido automatismo que excluye toda valoración discrecional del caso concreto del menor, e impide la adopción de medidas alternativas al encarcelamiento a pesar de que puedan parecer apropiadas respecto a la finalidad preeminente de la reinserción social del condenado.

Con mayor razón [se agrega] resulta en contraste con la Constitución una norma como la impugnada, que equiparando los condenados menores a los adultos, introduce un ulterior elemento de rigidez y automatismo, de forma que se impide al condenado el acceso a las medidas alternativas al encarcelamiento... con base en la presunción absoluta de que el menor no lo merece o de que la medida es inadecuada [lo cual] contradice la preeminencia de la finalidad de resocialización y la necesidad de adaptar el tratamiento del condenado en relación a valoraciones y diagnósticos individualizados y anclados en las particularidades de los casos”.

Se trata de casos que podrían denominarse de desnormación, como consecuencia de la jurisdiccionalización de la decisión. Para ser más precisos: la *regla* legislativa es sustituida por la indicación de *principios* (de naturaleza constitucional), que corresponde a los jueces concretar en las situaciones particulares. El intento del Estado de derecho de un tiempo, de decantar las particularidades subjetivas para hacer emerger la figura abstracta y universal del individuo, conoce aquí su fracaso. Pero no diría, como con frecuencia se dice que este:

idéel moderne de subordination de l'individu aux règles rationnelles collectives a été pulvérisé. Le procès de personnalisation a promu et incarné massivement une valeur fondamentale, celle de l'accomplissement personnel, celle de la singularité subjective, de la personnalité incomparable.¹

No se trata de una pulverización; más bien, de la reconducción de la múltiple morfología social a normas de naturaleza distinta de las reglas, las normas de principio. Ellas, a través de su aplicación, singular o con más frecuencia acumulativa, por parte del juez, poseen una elevada capacidad de comprender las especificidades de las situaciones concretas. A la acentuación del carácter concreto del derecho le sigue como consecuencia la valoración de la dimensión de principio del ordenamiento jurídico.

Una de las consecuencias más relevantes de dicha acentuación, que puede ser considerada como una verdadera y propia mutación genética del dere-

¹ LIPOVETSKY, G., *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, París, Gallimard, 1993 (1983), pp. 12-13.

cho de nuestro tiempo, es que las normas constitucionales de principio no se ponen bajo la gestión exclusiva de la Corte Constitucional, si no que se difunden en la vida del derecho a través de la jurisprudencia.

Otra consecuencia, de la máxima importancia, se refiere a la concepción misma de la interpretación constitucional y, en último término, de la Constitución. La interpretación no se configura como un simple entendimiento de los contenidos de las normas constitucionales aplicables al caso concreto, sino como un entendimiento promovido desde los casos. Mejor dicho, antes que entendimiento, la interpretación es interrogación de la Constitución, específicamente en aquellas de sus partes que están representadas por normas de principio, de conformidad con los problemas constitucionales que los casos presentan. La Constitución, de texto que impone, se transforma en texto que responde.

IV. LA TEORÍA DEL DERECHO VIVIENTE

La *saisine* incidental, además de las implicaciones que ya se han explicado, comporta la inserción de la jurisprudencia constitucional en la jurisprudencia *tout court*, lo que el control abstracto de constitucional debería haber excluido, colocando a la Corte Constitucional frente a frente no con los jueces, sino con el legislador. La teoría del “derecho viviente” se comprende desde esta perspectiva.

Desde el inicio de su funcionamiento, a la Corte Constitucional le fue formulada la pregunta sobre la relevancia que se le debe reconocer a las interpretaciones de las leyes sometidas a su control, generadas por la jurisprudencia no constitucional. ¿La Corte es libre para interpretar y re-interpretar la ley, independientemente de las interpretaciones de los otros jueces, o bien está vinculada por aquellas interpretaciones que dan lugar a un “derecho viviente”? Con esta fórmula, se entiende la norma de ley no en las abstractas posibilidades interpretativas que descienden de los textos, sino la norma de ley tal como “vive” en la interpretación consolidada de los jueces. Estamos por tanto, así sea bajo un determinado perfil, en el discurso de la abstracción-concreción del juicio constitucional. La Corte Constitucional ha dado esta respuesta a la pregunta planteada:

La Corte no puede no tomar en cuenta que la jurisprudencia de los jueces ordinarios, luego de titubeos y divergencias, se ha venido afirmando en el sentido de que [...] A esta interpretación las Secciones Unidas de la Corte de Casación le han impreso el sello de su adhesión y de su autoridad. Lo que

impone la necesidad de considerar —para utilizar una expresión utilizada en otras ocasiones por la Corte— como ‘norma viviente’ la definida por dicha interpretación y de afrontar, partiendo de ella, la cuestión de constitucionalidad.²

Al referirse al derecho viviente, la Corte Constitucional renuncia a interrogarse sobre cual sea la interpretación de la ley sometida a control de constitucionalidad y se remite a la de los jueces y, en particular, a la de la Corte de Casación. Esto representa un homenaje a los poderes interpretativos de esta última, a la cual, según la tradición francesa que vale también en Italia, se reconoce la tarea de asegurar la “correcta” y “uniforme” interpretación de la ley. Pero, sobre todo (y esta ha sido la razón práctica para elaborar la teoría del derecho viviente), de esta manera se pueden evitar los conflictos interpretativos. Sucedió, en el pasado, que la Corte Constitucional, sobre la base de una determinada interpretación de la ley, compatible con la Constitución, rechazaba la cuestión de constitucional mediante una *sentencia interpretativa desestimatoria*, pero que los jueces, con la Casación a la cabeza, reivindicando la plenitud de sus propios poderes interpretativos, insistieran en una interpretación distinta, no compatible con la Constitución, sobre la base de esa interpretación, propusieran y repropusieran la misma cuestión a la Corte. La teoría del derecho viviente señala que la Corte hace propia la interpretación jurisprudencial dominante y controla la legitimidad de la ley sobre esa base. Ahora bien, si la ley es incompatible con la Constitución en esta interpretación, se dará lugar a una sentencia de inconstitucionalidad a la cual los jueces están obligados a conformarse.

Si bien la sentencia citada pueda dar a entender que la Corte Constitucional se asume como obligada a adecuarse al derecho viviente (cuando existe, lo que no siempre sucede) y a renunciar *a priori* a una propia y distinta interpretación, esto no siempre sucede, y cuando no sucede la posibilidad de conflictos interpretativos es siempre inminente.

Un caso reciente, de los años 2003-2005, está representado por un repetido “ataque y defensa” con la Corte de Casación, a propósito de la regulación de los términos máximos de la “prisión preventiva”, es decir de la restricción de la libertad personal de las personas sometidas a proceso penal, antes de la sentencia definitiva. El código de procedimientos penales prevé reglas de cálculo, en relación a los distintos tipos de delito y a los distintos momentos del proceso, tan complicadas que, para explicarlas, sería necesari-

² Sentencia número 26 de 1984.

rio un espacio igualmente amplio al que ya he ocupado en este ensayo. La Corte Constitucional entendía que era posible, a través de una interpretación de la ley conforme con la Constitución, evitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley, alcanzando un resultado que garantizara el derecho del procesado a no sufrir la limitación de su libertad por un tiempo excesivo o, incluso indeterminado por efecto de determinadas vicisitudes procesales. En cambio, la Corte de Casación, persiguiendo el mismo resultado, entendía que no se podía llegar a ello a través de la interpretación y que era necesario alguna cosa más, es decir, la anulación de la ley, interpretada como la misma Casación entendía que debería interpretarse. ¿Porqué se daba este contraste, si las dos cortes perseguían el mismo objetivo? Más allá de la puntillosa reivindicación de sus respectivos poderes interpretativos, la respuesta se encuentra en una razón de política judicial y es la siguiente: la anulación de la ley como consecuencia de la decisión de la Corte Constitucional habría tenido efectos generales y retroactivos, (referida) respecto de una platea mucho más amplia, para incluso comprender acusaciones por delitos gravísimos de criminalidad organizada (mafia, tráfico de estupefacientes, prostitución, etcétera). Por tanto, la Corte Constitucional hubiera preferido que los derechos de libertad personal de los acusados sujetos a prisión fueran reconocidos uno a uno, caso por caso, con decisiones no constitucionales sino de la magistratura ordinaria. El impacto hubiera sido menor y se le hubiera dado el tiempo al legislador para remediar la falla. Por el contrario, la Corte de Casación auspiciaba precisamente una decisión constitucional, que la habría aligerado de la responsabilidad de tomar decisiones que ciertamente habrían dirigido contra sí misma el resentimiento de una opinión pública más preocupada por la seguridad colectiva que por los derechos individuales. La añeja disputa se ha concluido finalmente con la sentencia de la Corte Constitucional número 299 del 2005 la cual, tomando en cuenta el rocoso derecho viviente consolidado a través de la intervención de la Corte de Casación en sus Secciones Unidas, se ha al final adecuado y, “entendiendo que no son ya proponibles decisiones interpretativas”, ha consecuentemente anulado la ley.

La teoría del derecho viviente, sin embargo, tiene una razón de ser y un significado que van más allá de la sin duda importante relación entre jurisprudencias. La ley, entendida en su interpretación jurisprudencial (y no, por tanto, como “la ley en los libros”), es una dimensión del derecho que hoy se impone a cualquier consideración en cuanto el derecho mismo es cada vez con mayor frecuencia producto de compromisos multilaterales entre posiciones políticas, ideológicas, sociales, a veces intencionadamente poco

precisos en los que el equilibrio efectivo entre los diversos aspectos del compromiso queda con frecuencia a la decisión del juez. Y es siempre con mayor frecuencia el juez, en lugar del legislador, quien regula los conflictos sociales.

La jurisprudencia viviente se convierte así en el lugar del derecho que, desde el punto de vista de los destinatarios, cuenta mayormente. Además, la exigencia constitucional de igualdad o adecuación del derecho a las situaciones concretas (según lo que ya se ha dicho), induce a menudo al legislador a valerse de principios, dejados a la obra “concretizadora” de los jueces, siempre que la regla jurídica general y abstracta no parezca apta para desarrollar tareas regulativas necesariamente condicionadas por la imprevisibilidad de los elementos relevantes del supuesto de hecho a regular. Finalmente, el retardo con el cual el legislador debe frecuentemente operar, respecto a relaciones sociales en rápido movimiento (pensemos, por ejemplo, en los renovados problemas suscitados por el desarrollo de las biotecnologías) provoca que la jurisprudencia no quiera rechazar su tarea de hacer justicia en el caso concreto, lo cual conduce a un uso intensivo de los principios constitucionales para determinar las reglas jurídicas “vivientes” en cuya elaboración el legislador está, de hecho, ausente (se habla, a propósito, de forma un tanto reductiva, de “suplencia judicial” de la inercia del legislador).

El derecho viviente puede, por tanto, concebirse como una respuesta a la crisis de la ley que caracteriza el tiempo de la sociedad moderna. Es obvio que la jurisprudencia constitucional no puede cerrar los ojos frente a esta concepción del derecho. Esta no es propiamente una concepción sociológica, en el sentido en que, hace algunos años Eugen Ehrlich (por ejemplo en *Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* de 1903) hablaba de “derecho viviente” como un derecho directamente experimentado en la sociedad a través de relaciones jurídicas, actos y comportamientos materiales. Pero, si se tiene en cuenta la particularidad (circunstancia) que tales “materiales” de la vida jurídica concreta de una sociedad, antes o después, están destinados a alcanzar en las salas de la justicia y a provocar decisiones judiciales, queda claro que el derecho viviente jurisprudencial tiende a aproximarse al derecho viviente sociológico. Y de esta forma el carácter “realista” que la jurisprudencia constitucional aplica al derecho viviente se evidencia como un elemento característico de la situación actual de la justicia constitucional.