



GIUSI SORRENTI

LAS INTERPRETACIONES CONFORMES A LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: ESTADO DE LA CUESTIÓN¹

1. *Premisa*

Todos los manuales de derecho constitucional refieren, como habitual canon interpretativo, el que impone al juez, cuando una disposición de ley es susceptible de dos (o más) interpretaciones, la una disconforme y la otra conforme a la Constitución, la preferencia de esta última.

La atención al deber de interpretación de la ley en sentido constitucionalmente orientado ha crecido hasta el punto máximo desde el final de los años ochenta, debido a que la Corte constitucional italiana ha emplazado insistentemente a los jueces a acatarla. Por consiguiente, la atención a esta cuestión por parte de la doctrina ha sido alta en los últimos quince-veinte años e igualmente frecuente el uso concreto del criterio de la interpretación conforme a la Constitución por parte de los jueces comunes y por el mismo juez de las leyes. Así mismo, la cuestión ha ido evolucionando: de hecho, la técnica se ha extendido a otros sectores, afirmándose así el deber de ajuste interpretativo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, la vitalidad de la cuestión principal – la interpretación conforme a la Constitución – está muy lejos de haberse extinguido o tan siquiera de debilitarse. La razón de fondo tiene varias causas.

Por una parte, encontramos el amplio alcance teórico de la cuestión, para nada contingente, debido a que ésta concierne al inagotable capítulo de la interpretación y de la argumentación jurídica, la cual ha ocupado siempre un puesto central en los estudios del derecho y vuelve a estar prepotentemente de moda desde mediados del siglo XX. Su importancia es tal que podemos afirmar, siguiendo a Zaccaria, que las tendencias del pensamiento jurídico italiano y alemán de los últimos decenios pueden resumirse en el eslogan: “La filosofía del derecho ha muerto. ¡Viva la metodología jurídica!”. Lo que significa que, mientras que tiempo atrás se nos preguntaba constantemente “¿qué es el derecho?”, la cuestión actual, en cambio, es principalmente “¿cómo argumentan los juristas?”.

Por otra parte, tenemos la aplicación generalizada, transversal, multidisciplinar del criterio examinado, que focaliza sobre él el interés de prácticamente todas las disciplinas jurídicas, incidiendo a menudo en sectores en los que los estudiosos tienen menos familiaridad con las estrategias argumentativas que el garante de la rigidez constitucional.

Finalmente, encontramos la razón según la cual la interpretación conforme a la Constitución evidencia y exalta la discrecionalidad de las decisiones del poder judicial, es decir, de un poder que en los ordenamientos contemporáneos, tan abstraídos de la exigencia de hacer justicia en el caso concreto (teniendo en cuenta las peculiaridades del caso), adquiere relevancia máxima, tanto que los Estados constitucionales de hoy en día tienden a ser definidos como Estados jurisdiccionales: la interpretación conforme es por tanto una de las posibilidades o caras de la actividad de aplicación jurídica que contribuye a transformar el Estado constitucional actual, justamente, en un Estado jurisdiccional.

¹ Il presente scritto è in corso di stampa su *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho (www.indret.com/es/).



El canon también está lejos de haber alcanzado un ajuste definitivo por lo que atañe a la determinación de su fundamento (lo que todavía origina debates) dando pie a la paradoja de un criterio interpretativo tan aparentemente presentado en su formulación como oscuro en su real fundamento jurídico.

2. El “viraje” o la revolución copernicana de la cuestión

El interés por la cuestión nace del viraje que el sensible y atento “sismógrafo” formado por los observadores de la jurisprudencia constitucional registra a partir del inicio de los años noventa: el viraje consiste en la enunciación por parte del juez de las leyes del deber casi absoluto de los jueces comunes de procurar, en la medida de lo posible, una lectura de la ley en sentido conforme a la Constitución antes de remitirla al control de legitimidad constitucional.

Un deber tal constituye una especie de preconditione de la proposición de la cuestión de legitimidad constitucional – y por consiguiente del acceso a la justicia constitucional – cuyo incumplimiento es debidamente “sancionado” por el juez *a quo* (en su caso con una sentencia de rechazo por manifiestamente infundada o, más severamente, por inadmisibilidad).

La *summa* de la llamada doctrina de la interpretación conforme es teorizada en detalle en la sentencia n° 356/1996 y en ella se afirma que «en principio, las leyes no se declaran inconstitucionales cuando es posible dar interpretaciones inconstitucionales (y algún juez considere darlas), sino cuando es imposible dar interpretaciones constitucionales». A continuación, ésta es llevada a sus consecuencias en la ord. n° 299/1997, en la que se configura explícitamente la proposición del control de legitimidad constitucional como *extrema ratio*.

Este deber es talmente apremiante e imperativo que vale para la misma Corte.

Por su parte, ésta potencia el recurso a soluciones interpretativas: la elevada secuencia de decisiones de este tipo se presenta aun, como se verá, en formas y dispositivos inéditos, diferentes respecto al pasado y tanto es así que se habla de un segundo periodo de las sentencias interpretativas.

Dicho deber prevalece además sobre otros vínculos que el juez de las leyes había acatado en el pasado, precisamente el vínculo con el derecho viviente.

En los comienzos de su actividad – momento en el que se origina la elaboración de las sentencias interpretativas de rechazo – la Corte constitucional, reivindicando plena autonomía interpretativa respecto a la exégesis del órgano jurisdiccional y sugiriendo así sus propias interpretaciones de indudable legitimidad constitucional, suscita las reacciones de la jurisdicción común, en especial del vértice de la jurisdicción ordinaria, que ve en ello una amenaza a su propia función nomofiláctica. Se llega a una solución de compromiso cuando la Corte constitucional se esfuerza en pronunciarse acerca de la interpretación del órgano jurisdiccional en caso de que ésta constituya derecho viviente o bien cuando sea la aceptada prevalentemente en las aulas de los tribunales, con atención privilegiada a las orientaciones de la misma *Cassazione*, como homenaje a las funciones interpretativas propias de los jueces comunes y evitando, por lo demás, ejercitar la propia autonomía hermenéutica.

Hoy, en correspondencia con la afirmación del deber de interpretación conforme a la Constitución, el órgano constitucional de control tiende a liberarse del vínculo con el derecho viviente.

En el ámbito judicial, descalificándolas como cuestiones interpretativas, la Corte pide a los jueces aplicar su criterio en la resolución de las cuestiones de legitimidad constitucional y, por consiguiente, que intervengan en sus propias tareas. De hecho, hay quien ha hablado de “conversión” de las cuestiones de legitimidad constitucional en cuestiones interpretativas: se obtiene un marcado aumento de la tasa de “difusión” del juicio de legitimidad constitucional.



Así pues, el punto de inflexión que se produce en este caso puede ser comparado al paso del sistema tolemaico al copernicano en la relación que se instaura entre Corte y jueces comunes en el plano de la armonización de las leyes a Constitución: si anteriormente esta tarea estaba en manos de la Corte ahora, en cambio, cargan con ella todos los órganos jurisdiccionales. De este modo, si el primer periodo de las sentencias interpretativas se centraba en la existencia de una facultad autónoma de relectura de los textos por parte de la Corte y en los efectos de lo que sus interpretaciones podían presumir respecto a los jueces comunes, en el segundo periodo el problema principal se transforma en sancionar adecuadamente las omisiones de los jueces *a quibus*, atajando las incertezas relacionadas con la pluralidad de los operadores en el campo de la interpretación/aplicación del derecho y, por lo tanto, con el carácter difuso de esta tarea.

3. Las tres líneas vertebradoras del presente razonamiento

Desarrollaré el razonamiento a lo largo de tres ejes conceptuales diversos: I) el primero tiene por objeto investigar el fundamento del deber en cuestión; II) el segundo intenta reconstruir las consecuencias de su adopción para el modelo centralizado de justicia constitucional y precisa pues de un análisis detallado de las orientaciones seguidas y de las técnicas decisorias adoptadas por la Corte constitucional; III) finalmente, el tercero conduce a una reflexión acerca de las relaciones entre el Estado constitucional y el Estado de derecho e investiga los modos con los que el paso del primero al segundo incide en las características destacadas del primero.

4. I) *El fundamento teórico*

La afirmación del deber generalizado de interpretación constitucionalmente conforme puede considerarse un epifenómeno: es de hecho el resultado maduro de la evolución de la teoría de la interpretación, que es necesario recordar a grandes rasgos.

Debemos a F. Nietzsche la afirmación de la centralidad del sujeto interpretante en la actividad de atribución de significado a los varios fenómenos de la realidad (la cual tiene un enorme alcance, comparable a la que adquiere en las artes plásticas la invención de la perspectiva según la cual al cambiar el punto de vista, muta la visión del objeto).

H. Gadamer refuta, en los años '60, el mito de la *tabula rasa*, que sería la mente del observador, y por tanto del intérprete, ante el texto jurídico. Ésta está por contra impregnada, permeada de categorías de sentido y de valor, de las que emana una expectativa de respuesta adecuada que se proyecta sobre el caso a entender y sobre el dato normativo a interpretar. Tales categorías, a su vez, no se han de entender subjetivamente, como preferencias personales, sino como coordinadas culturales, o mejor jurídico-culturales del ordenamiento en el que opera el intérprete: en primer lugar, los principios apicales del ordenamiento, que contribuyen a constituir, en cierto sentido, la *forma mentis* del jurista.

J. Esser, más tarde, en el '72 (aunque la traducción italiana no estará disponible hasta el '83), desarrolla el concepto de *precomprensión* (*Vorverständnis*).

Estos condicionamientos se hallan principalmente en las normas constitucionales: ya sea en los regímenes de Constitución flexible, en virtud de la superioridad moral de éstas, ya sea, y *a fortiori*, en los ordenamientos de las Constituciones rígidas entendidas como *superior law*, donde se trata en particular uno de los efectos que tiene para el intérprete la constitucionalización de una tabla de valores, de normas de principio.

En el '93, como resultado de estos acontecimientos, L. Paladin puede hablar de «una Constitución fundada sobre una nueva teoría de la interpretación»: para el autor, el criterio en cuestión no es un simple



canon entre otros, es la interpretación *tout court*. Una conclusión tal alude a las transformaciones que padece el derecho en la segunda posguerra, tras haber incorporado parámetros axiológicos, ideales de justicia, en las formas positivas de las normas de principio (a propósito de la relación entre valores y principios, es útil recordar la reconstrucción de Mengoni).

En definitiva, podemos concluir que se produce una drástica reestructuración del modelo rigurosamente deductivo de la interpretación, basado tradicionalmente en las clásicas operaciones de la subsunción y del silogismo, crisis que no concierne sólo a la *penumbra* – individuada por Hart – que envuelve las áreas de *settled meaning* de cada norma, sino que atañe a cada momento de la aplicación, por tanto, no sólo de aquella que concierne a casos inciertos.

Frente a una crisis tan amplia es vano refugiarse en soluciones tan pronto nostálgicas, como el renovado elogio de la *exégesis*,² como pseudo-vanguardistas, como el análisis económico del derecho centrado en la relación coste-beneficio.³

Sin embargo, es preferible admitir la existencia, en las actividades del intérprete y especialmente del juez, de un indefectible elemento de juicio al lado del otro genuina y exquisitamente lógico (si bien este conocimiento teórico abre las puertas a interrogantes sucesivos y complejos). Si ensanchamos nuestro horizonte de investigación podemos llegar a la clásica afirmación según la cual *es gibt nichts Neues unter der Sonne*, en cuanto esta concepción de la interpretación y de la actividad del intérprete era propia del antiguo derecho romano, al que el positivismo había privado de algunos aspectos que habrían hecho la actividad de los intérpretes menos controlable.

4.1. Crítica a la tesis que halla el fundamento en la jerarquía de las fuentes

Lo expuesto hasta ahora nos permite descartar la praxis que considera a esta directiva interpretativa descendiente del criterio jerárquico: hay quien cree que ésta sería justamente el reflejo, en el plano de la interpretación, de la relación jerárquica que une la ley a la Constitución.

En virtud del criterio jerárquico, la fuente inferior en oposición con la superior es inválida y ha de ser anulada, lo que determina un vacío de reglas: por tanto, antes de detectar el contraste/antinomía y para evitar su aparición, hay que seguir, en la medida de lo posible, el camino de la conciliación/armonización interpretativa (podemos considerar este razonamiento como una especie de trasposición en el mundo del derecho del principio de sentido común: más vale prevenir que curar).

La raíz del deber de interpretación conforme se encontraría pues en la coherencia del sistema, en cuyo restablecimiento la jerarquía está preestablecida, en uno de los caracteres fundamentales del ordenamiento jurídico según la concepción iuspositivista del derecho.

La coherencia, a su vez, refuerza la certeza: el positivista pretende que para cada caso haya una y nada más que una regla. De ahí el corolario de la coherencia y por lo tanto de la eliminación de las antinomias – que son situaciones en las que hay una norma de más – y considerándolo bien, también el otro corolario del

² N. IRTI, *L'età della decodificazione* (1979), Milano 1999, 170, *ma passim*. [Trad. cast.: Irti, N., *La edad de la decodificación*, Barcelona, José María Bosch, 1992.]

³ El modelo interpretativo basado en ésta se enfrenta con la presencia de valores personalistas en la Constitución italiana. Véase a tal propósito, U. MATTEI, *Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo, coord. di M. Bussani, Roma-Bari 1998, 165 s. [Trad. cast.: Mattei, U. *Hecho y Valor: La paradoja hermenéutica del análisis económico del derecho*, *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 1, 2006.]



sistema que pretende el iuspositivismo: lo completo, o sea, la ausencia de lagunas – que son situaciones en las que hay una norma de menos –. El fin último es el de no confiar al juez operaciones inciertas, discrecionales, para salvaguardar y hacer efectiva la primacía absoluta de la ley, que constituye el dogma fundamental de las teorías iuspositivistas.

A fin de cuentas, precisamente debido a que es un elemento de esta concepción, el metro jerárquico – como nos enseña Bobbio – se impuso como *criterio de validez* de las fuentes, en coherencia con el objetivo ilustrado del ordenamiento claro y completo, en el cual hubiese *una* regla para cada controversia, que podía encontrar su cumplimiento en la eliminación de una de las fuentes antinómicas. El concepto de conciliación hermenéutica, lejos de ser el inductor de la idea de coherencia del ordenamiento jurídico, por no concordar con sus corolarios fundamentales es, en consecuencia y como puede observarse, *como máximo*, una concesión a planteamientos antagonistas.

Por otra parte, esta tesis es desmentida por lo que concierne a otros ámbitos del sistema de las fuentes diferentes al de la relación entre Constitución y ley. Por ejemplo, bajando al nivel de las relaciones reglamento gubernativo-ley, no encontramos un análogo deber de evitar la ilegitimidad del reglamento a través de una interpretación conforme a la ley, debido a que muy a menudo es la ley, incluso con el objetivo del control de legitimidad constitucional, la que es cargada de significado al tener en cuenta las fuentes sublegislativas.

Aunque la Corte constitucional asuma el deber de interpretación constitucionalmente orientada a priori (y en verdad no es tarea suya investigar sus fundamentos), en los pocos casos en los que hace referencia a la base teórica de la que deriva el canon, ésta se refiere a la supremacía de la Constitución. La referencia en su indeterminación podría ser entendida como apelación a la jerarquía, y en este sentido sería imprecisa y desviante; hay que puntualizarla y entenderla correctamente, sin embargo, como referencia a la preeminencia de los principios constitucionales y a su alcance interpretativo.

4.2. *Crítica de la referencia al principio de conservación de los actos jurídicos*

Una última tesis se ha formulado acerca de esto: se refiere al principio de conservación de los actos jurídicos, que estaría detrás de la conciliación de las disposiciones normativas por vía interpretativa, como reflejo de un «vago principio de autoridad», como sugiere Bobbio.

Hay que objetar, sin embargo, que este principio no sólo tiene una naturaleza privatista, sino que no admite comparación con la experiencia prerepublicana: de hecho entonces – la valiosa información proviene de Cammeo – ya existía un deber de lectura de las leyes en armonía con el *Estatuto Albertino* si bien, en una lectura contraria, la ley no hubiera tenido nada que temer, pues, hubiese sido conservada de todos modos, dada la conocida prevalencia, en régimen de Constitución flexible, sobre el Estatuto del Reino. El deber era en cambio un corolario que derivaba del mito de la infalibilidad del legislador, a través del cual se aspiraba a conciliar la flexibilidad constitucional y el sentido de la superioridad moral, que ya se iba perfilando, en los principios estatutarios.

4.3. *La referencia al criterio sistemático. Una precisión*

El mismo L. Paladín nos pone en guardia acerca del hecho de no considerar la interpretación orientada a los principios constitucionales como expresión de la interpretación sistemática más conocida.



La idea de sistema es de hecho de tipo lógico, alude a relaciones lógicas entre las instituciones – como las que se establecen entre las que constituyen la regla y las que constituyen la excepción, por ejemplo – y es ya propia del pandectismo en particular.

Si se pretende conservar esa alusión al “sistema” a propósito de la interpretación conforme, hay que aclarar que se trata de substituir, como término de referencia, una “pirámide de valores” por una “pirámide de conceptos” y un criterio de carácter axiológico por uno de carácter lógico.

5. II) *Las orientaciones de la Corte constitucional y las transformaciones sufridas por el modelo centralizado*

Debido al alto fundamento del deber en cuestión se desarrolló, en la jurisprudencia constitucional, un instrumental apropiado de técnicas encaminadas a asegurar su cumplimiento por parte de los jueces comunes.

a) Se hallan sobre todo pronunciamientos de falta de fundamento manifiesto por incorrección del presupuesto interpretativo. Principalmente son pronunciamientos interpretativos ya que la Corte reemplaza la interpretación del juez *a quo*, adopta una interpretación diversa y rechaza la cuestión en base a ésta; pero formalmente son sentencias de rechazo simple, porque no presentan en el dispositivo la clásica fórmula «de acuerdo con las razones expuestas»: se habla por eso de interpretativas “ocultas” o “disfrazadas” o bien, para distinguirlas de las clásicas interpretativas de rechazo, de pronunciamientos de “rechazo interpretativo” (el lugar de interpretativas de rechazo).

La fórmula usual de las interpretativas de rechazo clásicas sigue estando reservada, esencialmente, sólo a los supuestos en los que la Corte constitucional – como sucede a menudo en este segundo periodo caracterizado por la supremacía de la doctrina en cuestión – se aleja del derecho viviente.

La pregunta sobre el *porqué* estas decisiones están “disfrazadas” surge espontáneamente.

La respuesta que me ha parecido más plausible es la siguiente: porque, si la conforme es la interpretación *tout court*, no puede afirmarse que sean más de una las lecturas *plausibles*, como en la interpretación clásica, sino que hay que confirmar que entre éstas se ha de seguir la sugerida por la Corte, que tiene el mérito de permitir superar las dudas de legitimidad. Cualquiera de las otras lecturas debe ser, en coherencia con el asunto inicial, descalificadas como malas interpretaciones, como lecturas erróneas. Así pues, la Corte se pronuncia sobre la *única* lectura que, en coherencia con sus suposiciones teóricas, parece posible, aquella en armonía con la Constitución, rechazando las dudas planteadas.

Pero la técnica no está exenta de críticas. El dispositivo es bastante poco afortunado y atrae los dardos de la aguda pluma de Elia quien, en el 2002 escribe un breve artículo en la Revista “Giurisprudenza costituzionale” – con el acertado título “Modeste proposte di segnaletica costituzionale” – en el que pone de relieve el hecho de que a un lector poco avezado podría escapársele la naturaleza interpretativa de la decisión, por lo que este juez podría pensar que se trata de un puro y simple rechazo y continuar considerándose legitimado para aplicar sin tapujos la norma impugnada.

Dado que el presupuesto interpretativo es definido como erróneo, no está claro del todo si se trata de pronunciamientos interpretativos o meramente correctivos producidos cuando la norma impugnada por el órgano jurisdiccional es una norma imposible. La distinción es fundamental para discernir sus efectos, porque según la posición constante de la *Corte di Cassazione*, la interpretación correctiva del órgano constitucional de control no es vinculante, ya que no compete a este último la determinación de la correcta interpretación de las leyes (aquí la Corte constitucional no desempeñaría su tarea propia...), mientras que la reinterpretación motivada por razones de compatibilidad con la Constitución produce un vínculo negativo *erga omnes*, según la tesis tradicional de Sandulli y, aunque con alguna variación, de Esposito, que aún así se traduce – lo que supone una novedad – en un vínculo positivo más intenso con la interpretación sugerida por el juez de las leyes en caso de que ésta resulte ser la *única* conforme a la Constitución (la sentencia Alagni del 1998 es



significativa porque en esta ocasión subscribir la "interpretación constitucionalmente adecuada" comportaba desautorizar el precedente derecho viviente formado tiempo atrás justamente por la *Cassazione*, tanto que la adecuación se obtiene a duras penas, tras casi 4 años).

b) Decisiones interpretativas de inadmisibilidad.

Ya en su denominación, estas decisiones expresan un oxímoron, una especie de contradicción en términos. Aquí incluso la Corte, mientras sigue diciendo que la armonización corresponde a los jueces, tanto es así que declara la cuestión inadmisibile, no renuncia a prodigarse más o menos implícitamente en lecturas conformes, y por lo tanto en decidir substancialmente la cuestión.

La sentencia n° 244/1997 teoriza abiertamente sobre el efecto que el respeto fallido del deber en cuestión produce en el plano procesal, determinando la inadmisibilidad de la cuestión (como sanción por la violación de ese deber y por tanto por intento fallido de una lectura adecuada).

En las intenciones de la Corte, estos pronunciamientos tienen una fuerte carga disuasoria, intentan ejercer presión en los jueces recalcitrantes afirmando que las cuestiones interpretativas son competencia de los órganos de la jurisdicción común, por lo que las puertas del control sobre las leyes permanecen cerradas.

En el pasado, un dispositivo tal era reservado a las hipótesis de relecturas conformes que, por así decirlo, el juez "tenía a mano", por lo que su omisión era sancionada más rígidamente. Hoy, el uso cada vez más extendido de la técnica ha cambiado y se emplea incluso en situaciones difíciles y controvertidas, o bien prevalentemente:

1) cuando la jurisprudencia común está dividida y la lectura conforme es solamente una de las varias líneas jurisprudenciales seguidas;

2) cuando la norma conforme es incluso minoritaria o es "creada" por la Corte constitucional, o en sentido débil (*vs.* un contrario derecho viviente), o bien en sentido fuerte (es inédita en las aulas de los tribunales y tampoco es considerada por la doctrina como solución practicable).

Con la anomalía que supone el hecho de que el juez sea sancionado incluso cuando la norma que no ha logrado encontrar se halla sólo "en la mente" del garante de la rigidez constitucional.

5.1. Algunos interrogantes: ¿una jurisdicción común sobre los métodos interpretativos en retraso cultural?

¿Por qué siguen planteándose cuestiones de legitimidad constitucional o bien los jueces se obstinan en devolverlas a la Corte, cuando – como hemos aprendido de la Consulta – la cuestión es meramente interpretativa? ¿Y – siguiendo con la pregunta – por qué algunas veces rechazan las sugerencias hermenéuticas impartidas por el juez de las leyes?

¿Es culpa de un retraso cultural el hecho de que los jueces no alcen la mirada hacia la Constitución sino que interpreten todavía según las viejas reglas de un formalismo legalista?

Pueden producirse vueltas formalistas: la desorientación de un derecho cada vez más complejo y caótico puede originar propuestas de retorno nostálgico a la vieja escuela de la exégesis, firme en el dato literal de la ley (la "neoexégesis" es de hecho la propuesta de N. Irti en "La edad de la descodificación"); pero las razones por las que este doble resultado (la prevención de la cuestión por parte de los jueces con un uso pleno de sus facultades en materia de interpretación y la adecuación, en último análisis, a los pronunciamientos interpretativos de la Corte constitucional) no siempre se produce, tienen que buscarse en otro sitio.

A tal propósito se plantean los siguientes caminos de indagación.

a) El recurso a la Corte constitucional ofrece mayores garantías para la uniforme protección de los principios constitucionales implicados. Son conocidas las disfunciones que han desaconsejado la adopción de un sistema de justicia constitucional difuso en aquellos ordenamientos que carecen del vínculo al precedente: la



aplicación de los principios constitucionales, mediada a través de la ley interpretada, sería dispersa y tendría una alta tasa de incertidumbre precisamente en el usufructo de los bienes fundamentales del ordenamiento.

b) Cabe preguntarse hasta qué punto la exigencia de acertar los principios constitucionales prevalega sobre cada uno de los cánones interpretativos y sea capaz por tanto de legitimar lecturas forzadas, permitiendo así la obtención de normas diferentes de las que los cánones habituales habrían permitido obtener.

Mucho tiempo atrás, Giuliani advertía que en Italia hacía falta una reflexión adecuada acerca del uso de los principios constitucionales en la interpretación y acerca del límite hasta el que se puede estirar dicho uso.

Los jueces, en mi opinión, siguen dirigiéndose al garante de la supremacía de la Constitución porque a veces – es más, la mayoría de ellas – la interpretación sospechosa de inconstitucionalidad es la más plausible; mientras que la adecuada es un forzamiento. La plausible, precisamente por ello, es además casi siempre (o al menos así era hasta un muy reciente pasado) la aceptada por la *Cassazione* y por eso, hasta que el órgano constitucional de control no anula la ley, las partes del juicio no son tuteladas adecuadamente ya que la interpretación inspirada en los principios constitucionales será tumbada, probablemente, delante de la jurisdicción de legitimidad y, de este modo, las partes habrán sido sometidas a un «calvario inútil» (A. Cerri).

c) La invocación a la Constitución no sirve como *deus ex machina*, no es capaz de reproducir la antigua magia de la unidad del sistema ya que la orientación misma a los principios constitucionales no siempre es unívoca ni sirve para restringir las lecturas potenciales hacia un solo desemboque necesario, sino que más bien puede ensanchar el espectro de las interpretaciones: en otras palabras, las interpretaciones conformes pueden ser más de una.

La nuestra es una Constitución pluralista y está plagada de principios contradictorios.

Es bien conocida la solución de Dworkin al sostener que, no obstante ello, sólo una es la respuesta del ordenamiento y, en consecuencia, la interpretación correcta (el autor, como es sabido, es el sostén de la *one right answer thesis*): en relación a cada caso concreto, es decir, relacionando los principios abstractos a un caso específico de la realidad, sólo una será la respuesta exacta.

Y aun así no se resuelven los problemas: otro tanto conocida es la polémica entre Dworkin y Hart, partidarios ambos de la orientación de los jueces hacia los principios constitucionales pero quienes, sin embargo, alcanzan resultados discrepantes, soluciones liberales uno, en defensa del *Welfare State*, el otro.

5.2. ¿... y una Corte que no renuncie a una labor hermenéutica?

¿Por qué la Corte sigue analizando la cuestión, tanto con las interpretativas como con las decisiones formalmente procesales que tendrían que quedarse *in limine litis*? Considérese que estas últimas constituyen la paradoja mayor ya que en ellas la Corte sostiene constantemente que la lectura conforme a la Constitución corresponde a los jueces, como deber inderogable sancionado bajo pena de inadmisibilidad de la cuestión, para después seguir supliendo, contradictoriamente, sus incumplimientos.

En doctrina, esta orientación se adscribe unas veces a un escaso respeto por las formas procesales, típico de los juicios sobre las leyes; otras veces se salda como expresión de una actitud intrínsecamente contradictoria (casi esquizofrénica) de la Corte Constitucional; en otras ocasiones, finalmente, se la señala como prueba de que la “difusión” del control sobre las leyes sería solamente mostrada, frente a una efectiva centralización, que sigue practicándose (en definitiva, la Corte predicaría bien, pero razonaría mal...).

La explicación que creo más convincente, en cambio, es que la Corte interviene directamente para atenuar las disfunciones que su doctrina – practicada y dirigida hasta sus coherentes consecuencias – produciría, ya que las interpretaciones de la Corte, como es sabido, no son vinculantes y que además sólo su autoridad puede orientar a los jueces delante de soluciones totalmente inéditas, forzadas, de lecturas “audaces” que suscitan resistencia entre los jueces comunes y que no arraigan en los tribunales: en este caso la aportación



del órgano constitucional de control parece insustituible y de hecho normalmente se produce, incluso cuando está implícita en la trama del pronunciamiento.

En última instancia, aun insistiendo en la responsabilidad de los jueces, el órgano constitucional de control se prodiga en sus sugerencias hermenéuticas porque espera la adhesión a la doctrina de la interpretación conforme del vértice de la jurisdicción ordinaria, o bien de la *Corte di Cassazione*: sólo la colaboración de ésta podrá evitar las disfunciones de las que hablamos, imprimiendo, con la fuerza añadida a su función nomofiláctica, la más amplia eficiencia en la interpretación adecuada.

Se trata de una especie de armonización (de la ley a Constitución) “asistida”, de difusión “dirigida” por el juez de las leyes, hasta el punto de que el respectivo rol no es desarrollado por completo por los jueces comunes. A tal propósito, parece significativa la investigación sobre las consecuencias de las decisiones interpretativas⁴ a partir de la cual resulta que el 30% de los pronunciamientos de rechazo interpretativo (en el sentido arriba expuesto) son desoídos, formando de este modo “sacos de inconstitucionalidad”; mientras la mayor parte de las de inadmisibilidad son *inutiliter date*.

Existen también otros elementos a favor de la técnica interpretativa.

En primer lugar se consigue evitar el espacio de fricción con el legislador, a través de una corresponsabilidad de los jueces con los cuales se reparte la carga de las cuestiones de constitucionalidad.

Además, no siempre es necesaria la norma adecuada. La solución interpretativa equivale en otros términos a no restringir excesivamente el dictado de la Carta fundamental, imputándole prescripciones que, si se introdujesen con la técnica de adición, tendrían efectos en cadena sobre otras ramas del ordenamiento, ya que se prestarían a servir y a ser invocadas como *tertía comparationis* en los juicios fundados en el principio de igualdad, que se convierten en control de sensatez (a situaciones análogas debe corresponder un tratamiento razonablemente similar). Se trata, considerándolo bien, de un recorrido conceptual similar al que, según la doctrina más razonable, ha conducido al nacimiento de la última frontera del instrumental decisorio de la Corte: las adiciones de principio.

5.3. Las relaciones con el vértice de la magistratura ordinaria

Esta conexión con la *Corte di Cassazione* que el juez de las leyes persigue es fruto de una larga evolución que se articula a lo largo de tres fases.

I fase. *Resistencia activa*

La relación con la *Cassazione*, en la primera fase de profesión de la doctrina marcada por la *Verfassungskonforme Auslegung*, es una relación difícil dado que el vértice de la magistratura ordinaria no acepta las sugerencias interpretativas del juez de las leyes cuando éstas superan el vínculo con el texto que el órgano jurisdiccional debe respetar según lo expuesto por el art. 101 Cost.

El punto culminante de estas tensiones se alcanza en el caso, verdaderamente simbólico a tal propósito, del cómputo de los plazos intermedios de la custodia cautelar, que se desarrolla en un arco de tiempo que va desde el 2004 al 2007.

La duración de la custodia cautelar en prisión está sujeta, obviamente y según lo expuesto en el art. 13 Cost., a límites temporales precisos (para evitar que el imputado, en las moras del proceso, que pueden

⁴ Véase: Corte costituzionale-Servizio Studi, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*.



alargarse durante años, cumpla una pena superior a la eventualmente infligida por la condena). Estos límites se señalan tanto para cada una de las fases procesales como para la duración total del proceso.

El art. 303 c.p.p. prevé que los llamados términos "de periodo" empiecen a contar de nuevo en el caso, por ejemplo, de fallos en el procedimiento que determinen la anulación del proceso, haciendo cargar al imputado con el peso de los acaecimientos procesales.

La Corte constitucional, para evitar esta consecuencia perjudicial para la libertad personal, suministra a los jueces una lectura garantista, en base a la cual el *quantum* de custodia sufrido tiene que considerarse útil para el cómputo del plazo final. Sin embargo, de este modo, como lamentan los estudiosos, se crea un freno temporal "interfásico" desconocido en nuestro ordenamiento, "anulando" en efecto el art. 303 c.p.p., que sanciona explícitamente la «nueva fecha de vigencia». La misma Corte propugna esta interpretación utilizando progresivamente todas las técnicas decisorias a su disposición, desde la más blanda hasta la más restrictiva y persuasiva, erigiendo una compleja maniobra de cerco a los jueces reacios a adoptarla: rechazo interpretativo, manifiestamente infundada por incorrección del presupuesto interpretativo y, finalmente, inadmisibilidad.

Sin embargo los jueces no aceptan la solución de la Consulta al no considerarla practicable: en la sentencia n° 23016/2004, las *Sezioni Unite della Cassazione* penal afirman que no se pone en duda la competencia de la Corte constitucional para ofrecer las propias interpretaciones sino el límite al que está sujeto esta competencia, que le impide superar una clara disposición legislativa, debido al vínculo con el texto al que está sujeto el juez. El epílogo del caso es poco consolador dado que las *Sezioni Unite* aplican el art. 303 c.p.p. en su significado literal, considerado inconstitucional por el censor de las leyes.

La doctrina ha considerado lo acontecido como una segunda edición de la guerra entre ambas Cortes que tuvo lugar en el pasado aunque ahora, en realidad, los términos han cambiado: antes se ponía en duda la competencia de la interpretación de la ley, de la cual consideraban tener el monopolio las jurisdicciones comunes, mientras que la Corte constitucional reivindicaba para sí una propia autónoma facultad de lectura (la guerra, como es sabido, acabó cuando la Corte se sumó a la doctrina de derecho viviente, renunciando a una interpretación autónoma ante a una lectura dominante en las aulas de los tribunales, como homenaje a las prerrogativas del poder jurisdiccional). Ahora, esa facultad está consolidada; lo que se discute es el ámbito en el que ésta puede extenderse y, especialmente, si puede superar o no el vínculo con la ley. La *Corte di Cassazione* corrobora la propia sujeción a la ley, de la que no se puede apartar ni siquiera en nombre de la exigencia de adecuación a la Constitución. En resumen, sólo una sentencia de acogida de la Corte constitucional puede eximirla de aplicar una disposición legislativa reputada como lesiva de la Constitución.

Aquí la *Corte di Cassazione* responde que no pueden trazarse fronteras entre interpretación y manipulación, o que su determinación pertenece a la exclusiva disponibilidad de la Corte constitucional, árbitro absoluto e indiscutible de su individuación.

Por más que el tema de las fronteras de la interpretación, y por consiguiente de la diferencia entre actividad interpretativa y actividad creativa, sea uno de los más insidiosos y arduos de afrontar, la solución no puede consistir en confiar la fijación autoritativa a un único órgano, ni en considerar el problema como una mera cuestión terminológica: lo que es adscribible a un texto y lo que no lo es (y por tanto constituye una manipulación del texto) es fruto de un esfuerzo común de la comunidad de los juristas y no prerrogativa exclusiva de cada uno de los órganos.

En un caso sucesivo (relativo a la *translatio iudicij*), la Corte constitucional parece dar la razón a la *Cassazione* pero en realidad sigue desmintiendo su labor y reivindicando la exclusiva competencia de dictar la discriminación entre interpretación y creación allí donde anula una ley que tenía ya una lectura conforme de las *Sezioni Unite*, afirmando precisamente que esa lectura era forzada y, en definitiva, que excedía los límites de la interpretación.



Desde entonces, en los últimos años se suceden sin cesar las lecturas audaces y los comentaristas las señalan puntualmente. A veces, el uso poco escrupuloso de la técnica de la interpretación constitucionalmente orientada llega a dar un vuelco al claro intento del legislador: como en el caso de la decisión relativa al delito de violencia sexual contra menores, allí donde la Corte constitucional, delante de un hecho jurídico legislativo del que emerge claramente la elección de no dar relevancia al *error actatis* para mayor garantía del bien protegido, llega en cambio a conferir, en nombre del principio constitucional del carácter personal de la responsabilidad y por tanto de culpabilidad, valor discriminatorio al error sobre la edad (sentencia n° 322/2007).

II fase. *Colaboración diligente, pero pasiva*

Parece que hoy asistimos a una nueva página de estas relaciones, ejemplarizada por las dos siguientes hipótesis.

1) En la primera están pendientes al mismo tiempo:

– una cuestión a favor de la interpretación correcta de una disposición,alzada hacia las *Sezioni Unite della Cassazione*, apelando al ejercicio de su función nomofiláctica (si se llega a “incomodar” esta función, se produce un conflicto entre las mismas secciones de la jurisdicción de legitimidad, señal de que algunas de ellas no consideran practicable la lectura conforme).

– una cuestión de legitimidad constitucional sobre la misma disposición.

En este caso la Corte se limita a pronunciar una decisión de “mera” inadmisibilidad (por así decirlo “muda” sin alguna sugerencia), con la que cede la palabra a la *Cassazione*.

Ésta adopta en seguida (y no años después como en el caso de la sentencia Alagni) la interpretación adecuada, indicada sin duda como la correcta interpretación, permeada por lo demás de la autoridad que emana del órgano de nomofilaquia.

2) En la segunda hipótesis, la adopción de la interpretación conforme, con preferencia a la prevalente hasta el momento en las aulas, es anticipada incluso por la *Cassazione a Sezione Unite* respecto a cualquier pronunciamiento de la Corte constitucional que deje traslucir la inconstitucionalidad de la interpretación contraria.

A penas emerge una cuestión de legitimidad constitucional en esta última lectura, la *Cassazione* cambia de orientación, subvierte su propio rumbo precedente, sin ni siquiera esperar el *input* del juez de las leyes, sino actuando anticipadamente.

A estas alturas, la Corte constitucional tiene un buen juego declarando la inadmisibilidad de la cuestión por derecho viviente sobrevenido (se trata de hecho de una orientación de la *Cassazione a Sezioni Unite*) conforme a la tablas de los valores fundamentales.

III fase. *Plena adhesión*

La última frontera es una sincronía total con el vértice de la magistratura común, que se da cada vez más a menudo, hoy incluso en plena autarquía, proponiendo interpretaciones conformes extremadamente audaces que equivalen a una reescritura sustancial de los textos.

Para muchos, se ha establecido un círculo virtuoso: la uniformidad está a salvo, el enlace entre la doctrina de la Corte constitucional y las orientaciones de los jueces comunes, largamente anhelada, ha sido al fin realizada por completo.



Pero sin embargo los problemas planteados persisten e incluso se renuevan: se piense en los casos en los que – y la praxis jurisprudencial de los últimos años nos ofrece al respecto claros y asombrosos ejemplos – los cambios jurisprudenciales radicalmente innovadores inciden en disposiciones de los códigos de procedimiento, allí donde las exigencias de certeza se plantean con especial rigor.

6. III) *Entre Estado de derecho y Estado constitucional*

El Estado constitucional tiende a ser un Estado jurisdiccional, en cuanto se pide directamente a los jueces aseverar los principios constitucionales a través del entramado permitido por la interpretación de la ley o, a veces, acogiéndose a un uso desenvuelto del dictado legislativo.

El resultado es una pérdida de certeza contra una ganancia en términos de justicia y de inmediatez de la tutela. La certeza garantizada en el Estado de derecho, con el primado de la ley del Parlamento, la rigurosa sujeción del juez a la ley, la firme regla *dura lex sed lex*, está grabada en los estados constitucionales, donde prevalece la *iustitia normata* en Constitución: las leyes son siempre precarias porque pueden siempre ser anuladas por la Corte constitucional, los mismos jueces están sujetos antes a la Constitución, además de a la ley.

Ya no nos vemos forzados a decir con la firme resignación de Goethe: «entre desorden e injusticia prefiero la injusticia» dado que hoy nos encontramos en la envidiable condición de no tener que elegir entre estos dos valores sino que ambos pueden ser satisfechos ya que los principios de justicia inscritos en la Constitución son capaces de permear directamente en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo es cierto que la irrupción de un Estado jurisdiccional, entendido en un sentido marcado y no controlado, pone en crisis las coordenadas de un Estado parlamentario basado en la soberanía popular.

Este es el reto de hoy en día: llevar a cabo las condiciones del Estado constitucional sin renunciar del todo a los beneficios que nos garantizaba el Estado legislativo o de derecho. En la búsqueda de un equilibrio entre «judicialismo» y «legalismo» se sitúa el reto que el proceso de cambio del Estado constitucional al Estado de derecho ha lanzado al continente europeo.