

# EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA POLITICO ITALIANO: SUS RELACIONES CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO\*

MAURO CAPPELETTI

*Traducción: JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA*

**SUMARIO:** 1. FLORENCIA: UN CONGRESO JUBILAR DEL VIGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO.—2. DOS TEMAS QUE FUERON CENTRALES EN EL CONGRESO.—3). A) SOBRE LA «POLITICIDAD» Y «CREATIVIDAD» DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.—4. B) SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO.—5. CONCLUSIONES.

## 1. FLORENCIA: UN CONGRESO JUBILAR DEL VIGESIMOQUINTO ANIVERSARIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

Del 17 al 19 de septiembre de 1981, bajo la presidencia de PAOLO BARILE, se ha celebrado en Florencia un congreso conmemorativo de los primeros veinticinco años de funcionamiento del Tribunal Constitucional. El tema era: *Tribunal Constitucional y desarrollo de la forma de gobierno en Italia*, pero creo que esas jornadas podrían ser recordadas, con justicia, como *Jornadas en honor de Piero Calamandrei*. En efecto, debe recordarse que el maestro florentino falleció el 27 de septiembre de 1956, el mismo año en el que el Tribunal inició su funcionamiento. Y que sus aportaciones, tanto en el plano político como científico, fueron decisivas para la creación del Tribunal.

La idea del congreso y su organización se deben a la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia; a su decano, GIORGIO GAJA, y en especial a PAOLO BARILE y a su nutrida, fiel y autorizada escuela. El éxito ha sido excepcional. Las ponencias fueron numerosas, profundas y, en conjunto, de gran interés. Fueron resumidas, en una magistral intervención de síntesis, por LEOPOLDO ELÍA, precisamente en la vigilia de su nombramiento, feliz, como presidente del Tribunal Cons-

---

\* Este trabajo está destinado a los Estudios en homenaje del profesor Antonio Guarino. Se encuentra también en prensa, en lengua italiana, para la *Rivista di Diritto Processuale*.

titucional. Deseo subrayar también la amplísima participación de público, asidua del principio al fin, y la presencia, quizá sin precedentes, de numerosas personalidades del mundo de la política y la judicatura, además del académico. Diré, en fin, que el debate fue vivo y sugerente. Concluyó con una entrevista, sumamente original, a dos antiguos presidentes del Tribunal: GIUSEPPE BRANCA y FRANCESCO PAOLO BONIFACIO.

Sólo ha faltado, y así lo subrayó también ENZO CHELI, la participación de especialistas extranjeros (1). La apertura a experiencias de otros ordenamientos tiene, como es evidente, una gran importancia en el campo de la justicia constitucional. Sirva de ejemplo el magnífico congreso de febrero de 1981 sobre esta materia. Fue organizado por la Universidad de Aix-Marseille, a instancias de LUIS FAVOREU, el gran constitucionalista, que la rige, con la colaboración del Instituto Universitario Europeo y de la Universidad de Tubinga. En él participaron también BARILE y ELÍA, además de PIZZORUSO, ZAGREBELSKY y yo mismo en calidad de comunicantes. Todas las intervenciones han sido publicadas ya, a sólo seis meses del congreso, en un grueso número especial de una muy prestigiosa revista internacional (2). Pero, pese a todo, hay que precisar que la carencia de especialistas extranjeros en el congreso florentino fue suplida en gran parte con los amplios y admirables datos de Derecho comparado que ofreció en su ponencia LEOPOLDO ELÍA, así como con las apreciables remisiones comparatistas de otros ponentes, como ALESSANDRO PACE.

## 2. DOS TEMAS QUE FUERON CENTRALES EN EL CONGRESO

No pretendo hacer una crónica del congreso florentino en este comentario, ni mucho menos tratar de resumir las ponencias principales presentadas en el mismo. Cubrieron éstas los temas más variados: relaciones del Tribunal Constitucional con los Poderes legislativo (3),

(1) Si no me equivoco, sólo ha habido una intervención, breve pero excelente, de un especialista extranjero. La del francés Louis Favoreu, en la primera jornada del Congreso.

(2) *Revue internationale de Droit comparé*, núm. 2, 1981. Además de la ponencia general de introducción de LUIS FAVOREU y las de ALESSANDRO PIZZORUSO y GUSTAVO ZAGREBELSKY, se han publicado cuatro ponencias francesas, dos alemanas y dos austríacas. También, como conclusión de ellas, mi ponencia de Derecho comparado y la de síntesis, debida a JEAN RIVERO. Se encuentran además en prensa, como libro, en la nueva colección «Collection droit public positif», dirigida por LUIS FAVOREU (Ed. Económica, París), las actas del Congreso que incluyen, junto a las ponencias, las comunicaciones habidas o una síntesis de ellas.

(3) Ponencias de FRANCO MODUGNO y GUSTAVO ZAGREBELSKY.

judicial (4) o ejecutivo (5); incidencia de la jurisprudencia del Tribunal sobre el sistema de autonomías territoriales (6) o sobre el ordenamiento internacional y las Comunidades Europeas (7); relaciones, en fin, entre el Tribunal y el Cuerpo electoral y las formaciones sociales (8). Sólo quisiera expresar a los organizadores el deseo de que esas ponencias vean la luz lo más pronto posible. ¡Que sirva de estímulo el precedente del congreso de Aix! Y que, junto a las ponencias, se publiquen también las variadas comunicaciones. Recuerdo, entre ellas, la referente al tema de la *rilevanza* de las cuestiones de inconstitucionalidad (9), que ha de interesar, sin duda, a los procesalistas, así como otra sobre la «función arbitral» del Tribunal en los procesos sobre conflictos de competencia entre el Estado y las regiones, o de las regiones entre sí, o aquélla sobre las relaciones entre el Tribunal y la Presidencia de la República (10).

Me propongo en estas páginas hacer sólo una rápida reflexión, de carácter personal, sobre dos temas de fundamental importancia que surgieron en el Congreso. Ante todo, el problema de la «politicidad» o «creatividad» del juez constitucional, tema que constituyó el argumento central de todo el Congreso, desde las ponencias iniciales de MODUGNO y ZAGREBELSKY a la final de ELÍA. En segundo lugar, el tema de gran actualidad de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el ordenamiento comunitario europeo. Desde la perspectiva que me interesa sólo se dedicó a este tema la ponencia de SORRENTINO, además de una soberbia intervención clarificadora de FRANCESCO CAPOTORTI.

### 3. A) SOBRE LA «POLITICIDAD» Y «CREATIVIDAD» DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Me parece que existen dos cuestiones preliminares en las que no creo necesaria discusión alguna. En primer lugar parto de la premisa del carácter *político*, en sentido lato, de la actividad judicial genéricamente entendida, incluyendo, por tanto, a la justicia ordinaria. Y ello al haber perdido toda credibilidad las anticuadas tesis que defendían

(4) Ponencias de VALERIO ONIDA, ALESSANDRO PACE y ALESSANDRO PIZZORUSSO.

(5) Ponencias de UMBERTO ALLEGRETTI y GIOVANNI FERRARA.

(6) Ponencias de GIORGIO BERTI y LIVIO PALADIN.

(7) Ponencias de BENEDETTO CONFORTI y FEDERICO SORRENTINO.

(8) Ponencias de ANTONIO BALDASARRE, SERGIO BARTOLE y STEFANO RODOTÀ.

(9) Comunicación de MARIA FRANCESCA SPATOLISANO.

(10) De las que son autores, respectivamente, STEFANO GRASSI y GIUSTINO D'ORAZIO.

la naturaleza mecánica, pasiva, «cognoscitiva» y no creativa de la actividad judicial. Puede que hoy el problema quede reducido a una mera graduación *cuantitativa* del grado de creatividad. Esta será, en efecto, más acentuada en la actividad legislativa que en la judicial y más amplia en la justicia constitucional—donde el intérprete tiene inevitablemente una discrecionalidad mayor—, al ser más frecuentes e indefinidas en este campo las normas-principio que se deben aplicar, que en la justicia ordinaria (11). He escrito hace ya un cuarto de siglo en defensa de estas tesis (12). Si debiera volver a escribir hoy sobre el mismo problema cambiaría, ciertamente, la forma (sobre todo el título, que ahora me parece casi monstruoso), pero no el fondo de mis tesis. Estas me siguen pareciendo válidas en su totalidad después de muchas experiencias de vida y estudio en distintos países.

La segunda cuestión preliminar que doy por demostrada en estas páginas es la siguiente. Pese a la creatividad sustancial, que es inevitable en la función jurisdiccional, subsiste aún una diferencia de esencia, en el plano procesal o formal-estructural, entre esta función y aquellas que son denominadas funciones «políticas», es decir: la función legislativa y la función administrativa. También en este punto sigo manteniendo la concepción que expresé, hace ya más de veinte años, en un estudio dedicado a GUIDO ZANOBINI (13). Aunque la mantenga, cierto es que hoy apoyaría mis tesis con argumentos y doctrina distintos de los que empleé entonces (14), que fueron tomados principalmente de los postulados de una penetrante, pero abstracta, dogmática carneluttiana. Sintetizando al máximo, puedo afirmar aquí que lo que caracteriza la función judicial, y la diferencia de la legislativa o la administrativa, es la presencia de las llamadas durante varios siglos

(11) Estoy de acuerdo, por tanto, con lo que afirma FRANCO MODUGNO en su ponencia (parágrafo 3, p. 10—del texto presentado al Congreso—; *vid.* también parágrafo 7 y ss.), por ejemplo, cuando habla de la «inevitable naturaleza política del control (de constitucionalidad de las leyes), aunque esté estructurado en forma jurisdiccional».

(12) «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)», en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padua, 1958 (aunque la separata es de 1957), pp. 83 a 163.

(13) «Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato», en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1965 (aunque separata de 1960), pp. 75 a 122. (También en *Rivista di dir. processuale*, 1960, pp. 376 y ss.)

(14) *Vid.*, en efecto, mi ponencia general sobre el tema: «The Judge: Interpreter or Law-Maker?», presentada al 2.º Congreso Internacional de Magistrados de Tribunales Supremos, que se celebró en Sidney y Camberra en mayo de 1980. La ponencia se va a publicar pronto en la *Monash University Law Review*.

garantías de la «justicia natural» (*natural justice*). Tales garantías consisten, en primer lugar, en el hecho de que el juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de las partes de la relación litigiosa o de sus representantes (*nemo iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio, wo kein Kläger da ist auch kein Richter*) (15). De ello resulta que el juez es, al menos en este sentido, un tercero imparcial (*super partes*). En segundo lugar, las garantías consisten también en que el proceso jurisdiccional está regido por el principio fundamental de la contradicción (*audi et alteram partem*), es decir, el principio en virtud del cual el juez debe ofrecer a las partes de la relación o situación sobre la que está llamado a decidir, o a los representantes de ellas, una posibilidad adecuada de defensa. El juez debe actuar, en suma, dentro de los esquemas procesales de un *fair hearing*, con todas las consecuencias—de relevancia también (hoy) constitucional—que ello implica en el plano de las notificaciones, de las pruebas y de su consideración, de los límites de la sentencia, de la motivación, etc. (16).

Sentadas estas premisas, considero que el problema de la denominada «politicidad» o «creatividad» de la función del Tribunal Constitucional (así como de cualquier otro juez) es simplemente un problema de:

1.º Graduación concreta, es decir, de medición de tal creatividad, y de

2.º Prevención de infracciones, bien por parte del Tribunal Constitucional, bien por cualquier otro juez, de esos principios o garantías fundamentales que caracterizan la jurisdiccionalidad.

Respecto al problema primero: Se ha hablado mucho en Italia, en los últimos años, de una función *supletoria* ejercida por los jueces y, especialmente, por el Tribunal Constitucional. Han insistido en este tema varios ponentes (17), y especialmente, en forma crítica, STEFANO RODOTÀ.

(15) Esto no significa que no puedan corresponder al juez poderes, incluso amplios, de impulso en el interior del proceso, una vez que la parte haya deducido la acción; *vid., ad ex.*, mi estudio, «Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato», en *Giur. it.*, 1968, IV, pp. 1 a 48. Reproducido en M. CAPPELLETTI, «Processo e ideologie», Bologna, *Il Mulino*, 1969, p. 169 y siguientes. *Vid.* también, *ad ex.*, la obra de F. JAMES Jr. y G. C. HAZARD, *Civil procedure*, 2.ª ed., Boston, 1977, pp. 4 a 8.

(16) Cfr. el reciente y magnífico estudio de L. P. COMOGGIO y M. SCAPARONE en el comentario del artículo 24 de la Constitución italiana, en *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, volumen *Rapporti civili (Arts. 24-26)*, Bologna y Roma, 1981, pp. 1 y ss., spec. en pp. 53 y ss.

(17) *Vid., ad ex.*, la ponencia de MODUGNO (pp. 27 y ss.) y la de ZAGREBELSKY (página 14 et *pássim*).

Para éste la «categoría» de la suplencia, válida en una determinada época, no sirve ya para representar la situación italiana. Se ha producido en ella lo que me atrevería a sintetizar como una *estabilización de los suplentes* (18).

Sólo estoy de acuerdo parcialmente con esta perspectiva. A mi juicio sólo existen, *grosso modo*, dos formas de creatividad judicial, es decir, la *law making through the courts*, la primera de naturaleza totalmente fisiológica; la segunda, en cambio, de carácter patológico.

Empiezo por la segunda, que es la forma verdadera y propia de *suplencia*. Existe típicamente *cuando hay ausencia de los titulares*, es decir, abandonando la metáfora, cuando el Poder legislativo, el ejecutivo o ambos a la vez hayan incumplido sus obligaciones. El incumplimiento puede manifestarse en formas variadas, pero especialmente en omisiones, ambigüedades, contradicciones normativas, etc. Frente a estos incumplimientos, que pueden ser, en el ápice, incumplimientos constitucionales, no puede afirmarse que una creatividad supletoria más importante por parte de los jueces deba ser tachada de violación de los límites institucionales que les corresponden. Todo ello cuando la suplencia se base en el texto o en el espíritu de la Constitución. Pero, en realidad, el problema no es tanto jurídico y teórico cuanto político y práctico. Se trata de analizar si, en un determinado país y en un momento histórico determinado, los jueces (o algunos de ellos, como, por ejemplo, los jueces constitucionales) son *capaces* de asumir satisfactoriamente esa misión de creación, evolución, transformación o modernización del Derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador o, más en general, por las «ramas políticas» del Gobierno (empleo la palabra Gobierno en su acepción de *government*, que incluye al Poder legislativo). Ciertamente es que aquí se plantea también un problema teórico de *legitimación*, pero frente a la función de suplencia, no se presenta en forma distinta a como lo haga frente a la función fisiológica de creatividad judicial, de que hemos de hablar más adelante. Debe afirmarse que, en caso de suplencia, el propio incumplimiento por parte de los demás órganos del Gobierno se nos aparece como una causa más de legitimación del suplente.

La suplencia es, en estos casos, patológica, aunque no represente necesariamente una transgresión de los límites naturales de la función

(18) Vid. la página 6 del «texto provisional» de la ponencia de Rodotà distribuida en el Congreso florentino. Cfr. también la ponencia de Modugno, párrafo 14 en pp. 77 y ss.

jurisdiccional. En efecto, refleja un sistema en el que los poderes públicos fundamentales se encuentran en desequilibrio. Uno o más poderes, de signo negativo, logran contraponerse a un poder de signo positivo que es, o se supone que sea, fuerte. Lo logran gracias a la debilidad de éste. En cambio, nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, están marcados por el signo positivo de *fuerza en el equilibrio*. Esta es la situación, que explica dos siglos de indudable éxito del sistema político norteamericano, definida normalmente como de *checks and balances*.

*Checks and balances* no significa un poder judicial pasivo, no creativo, mera *boca de la ley* o débil frente a un «poder político» (sea legislativo y/o ejecutivo) preponderante. Tampoco significa «separación» del poder judicial respecto de los demás poderes, según la rígida interpretación continental que provocó la ausencia de control judicial sobre el ejecutivo hasta un siglo después de la Revolución francesa, o la ausencia de control judicial sobre el legislativo durante dos siglos a partir de ella. *Checks and balances* significa, por el contrario, que, *cuanto más fuerte es un poder, tanto más fuertes devienen también los demás* en cuanto que todos y cada uno de ellos están controlados por los demás y *los controlan* (19). En tal sistema el poder judicial tiene, por tanto, la misión de controlar los poderes llamados políticos, siendo también controlado, en forma eficaz, a través de variados mecanismos. (En el sistema norteamericano tenemos, en especial, el nombramiento «político», aunque vitalicio, de los jueces; la posibilidad de *impeachment* contra ellos o la responsabilidad directa de los jueces que llamaríamos de investigación frente al ejecutivo y/o el legislativo, etc.)

Pues bien, incluso en esta situación fisiológica, los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no pueden prescindir de una actividad «creativa» si quieren desempeñar eficazmente la función que les corresponde naturalmente. La interpretación «pura» no existe; toda interpretación comporta un elemento de «creatividad». Sin em-

(19) Se explica así el importante «crecimiento» del Poder judicial en el *Welfare State*, es decir, en los regímenes de economía mixta. Estos regímenes, que han llevado al Poder legislativo y a la Administración Pública a dimensiones gigantescas, deben producir también, al menos en las sociedades más sanas desde el punto de vista democrático, un Poder judicial, paralelamente, gigantesco. *Vid.*, sobre este punto, con amplitud, mi estudio citado, *supra*, en nota 14; *vid.* también mi ponencia al Congreso de Aix, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», en *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p. 625, páginas 628 y ss. Cfr. también las interesantes afirmaciones de la ponencia de V. ONIDA en el texto grabado del Congreso florentino.

bargo, tal creatividad se insertará en un sistema de responsabilidades recíprocas. Por todo ello, insisto en que el problema auténtico será el de la medida o graduación de la creatividad; el de su cantidad. No será, por tanto, un problema abstracto e inmutable, de pura teoría, sino un problema concreto, político y puntual de capacidad, responsabilidad y existencia de controles (20). La audacia o el *restraint* del Tribunal Constitucional (o de otros tribunales) derivará, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en fin, de la opinión pública y de los *mass media*. No derivará, por tanto, de consideraciones puramente conceptuales. Sólo en estos términos, prácticos y concretos, es como el problema de la *legitimidad* adquiere un significado válido. En efecto, se tratará de ver si la creatividad de los jueces tiene concretamente, en un lugar y momento determinados, una legitimación democrática, o si, en cambio, es contraria a esa ideología democrática que constituye —así lo creemos— el fundamento de nuestro sistema constitucional. Este es el problema crucial, *mighty problem*, de la creatividad judicial en general y de la justicia constitucional en particular. He escrito ampliamente sobre este tema en otros trabajos (21), a los que me permito remitir al lector. Me limito a afirmar aquí que es necesario evitar un error muy difundido: el de identificar democrática con representatividad popular. La legitimación o «investidura democrática» del juez no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, en sentido estricto, del hecho de que represente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. La legitimación democrática del juez deriva del respeto a esas características y garantías de la *justicia natural* a que antes me he referido y que constituyen, al mismo tiempo, el límite y la fuerza de la función judicial. El contacto del juez con el pueblo deriva, en fin, del hecho de que no actúa *in causa propria* y *ex officio*, sino sólo a instancia de los interesados, decidiendo en forma congruente con la demanda y una vez «oídas» las partes. Y dimana

(20) La relatividad histórica del problema fue vista con precisión por CALAMANDREI; *vid.*, en especial, su famoso estudio sobre *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, apud P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche a cura di M. Cappelletti*, I, Nápoles, Morano, 1985, pp. 598 y ss.

(21) «The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», en *Legal Issues of European Integration*, 1979/2, pp. 1 y ss. (Publicado también, con alguna modificación, en el número 54 de la *Southern California Law Review*, 1980, pp. 409 y ss., y, en traducción castellana, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1980, pp. 61 y ss.). *Vid.* también *Nécessité et légitimité*, *cit.*, *supra* en nota 19, espec. en pp. 639 y ss.

asimismo del hecho de que las decisiones no sean pronunciadas en abstracto, sino sobre situaciones concretas y reales de la vida que las partes han presentado al juez. Eso es lo que los norteamericanos definen con la fórmula de *cases and controversies*. El proceso jurisdiccional es así, al mismo tiempo, concreto y participativo. Constituye el modo de participación directa de los sujetos interesados en la decisión, que proviene de un tercero imparcial, de sus problemas de la vida práctica. Esta es la gran potencialidad democrática—en cuanto que es la *potencialidad de participación directa*—que se encierra en el fenómeno del proceso jurisdiccional. Se trata, en verdad, del más «participativo», y por ello, potencialmente, del más democrático de todos los procesos públicos (22). No obstante, hay que subrayar que se habla de una potencialidad que se debe realizar y controlar, caso por caso, en su actuación práctica. Vuelvo a repetir, por todo ello, que el problema no es teórico y abstracto, sino político y concreto. Se estudia enfocándolo desde la perspectiva de la comprobación del tipo de jueces, de partes, de procesos y de las distintas reacciones que en un determinado ambiente social y en un concreto momento histórico puede implicar un proceso. Es, en suma, un problema de análisis sociopolítico de la realidad sobre la que opera la actividad del juez.

Respecto del problema segundo: Planteado así el problema de la creatividad judicial en general, el problema específico de la justicia constitucional se nos presenta en términos especialmente críticos (23). En efecto, ya que los jueces constitucionales, como los ordinarios, no responden ante un electorado en la forma en que lo hacen los miembros del poder legislativo o (en forma menos directa) los del ejecutivo, su legitimación democrática sólo puede fundarse en argumentos análogos a los que he empleado antes al referirme, en forma general, a los jueces. Pero además, ya que la creatividad de los jueces constitucionales es, como he afirmado al principio de este parágrafo, más acentuada, de mayor trascendencia política y más visible que la de los jueces comunes, sólo un marcado carácter participativo de la justicia constitucional puede proteger a sus jueces de la acusación de antidemocraticidad que tantas veces se les ha dirigido (24).

---

(22) La concepción que expongo esquemáticamente en el texto se remonta a trabajos de gran profundidad analítica, como el de ALEXANDER BICKEL, al que se refieren las obras citadas *supra* en las notas 14 y 21.

(23) Advierto que la exposición que efectúo se limita prácticamente a lo que constituye el núcleo principal de la justicia constitucional en las sociedades modernas, es decir, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

(24) No sólo en Italia. *Vid.*, sobre el problema, en general, el reciente y penetrante estudio de J. H. ELY: *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980.

Ese carácter participativo del proceso jurisdiccional debe basarse, como he dicho, en el respeto de las normas fundamentales de la justicia natural. A saber: el juez, como «tercero» que decide sobre una relación que no es «suya», sólo sobre demanda de parte y en congruencia con la demanda; la existencia de partes y el respeto al principio de defensa o principio de contradicción. Se trata, insisto, de garantías de carácter estructural y formal-procesal. En particular, la «tercería» del juez no significa que éste no pueda participar en la creación del Derecho, ni menos aún que deba ser extraño o insensible a los valores que se deducen en el proceso. Significa sólo que la estructura del proceso ha de permitir que la «controversia» sea llevada a juicio por aquellos a quienes el ordenamiento considera titulares de la situación o relación controvertida, o por sus representantes. Y, además, que tales titulares, o sus representantes, se encuentren en situación de poder hacer valer ante el juez sus pretensiones con argumentos y pruebas.

Ahora bien, ¿tiene una estructura de ese tipo el proceso ante nuestro Tribunal Constitucional? Mi respuesta ha sido, y sigue siendo, afirmativa (25). Y todo ello, a pesar del peligro de ciertos desviacionismos (como las que critiqué en mi ya citado trabajo en honor de ZANOBINI (26) y de algunas peculiaridades que convierten el problema en especialmente delicado, sobre todo cuando se trata del control de constitucionalidad de las leyes. El esquema estructural del proceso ante el Tribunal es, indudablemente, el de una demanda, o, si se quiere, el de una denuncia o impugnación (recordemos la fórmula de CARNELUTTI de *proceso al legislador*). Dicha acción es deducida bien directamente por el Estado o por las regiones, o bien —como ocurre mucho

---

(25) *Vid.*, el trabajo citado *supra*, en nota 13, espec., parág. 7 en pp. 112 y ss.; cfr. también mi libro *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, Giuffrè, 1957, reeditado en 1972, parte I, sección I. Por consiguiente discrepo de quien, como Zagrebelsky, en su ponencia florentina, habla de un «Tribunal-legislador» (pp. 1 y ss. del texto distribuido al Congreso) o de una «misión legislativa» del Tribunal (p. 40, *et pássim*). A mi juicio debe distinguirse con rigor el modo legislativo del judicial en la producción del Derecho. El *legislative del judicial process*. Y así, afirmar que el Tribunal Constitucional (o cualquier otro tribunal) participa en la función de creación y evolución del Derecho es algo bien distinto que afirmar que es, en sí mismo, legislador. *Law-making* no es necesariamente *legislation*. No tomar en cuenta esta distinción (para cuyo análisis remito a mi trabajo citado en la nota núm. 14) provoca consecuencias graves tanto prácticas como teóricas y comporta minusvalorar en forma indebida el aspecto formal-estructural o, si se prefiere, procesal de la actividad pública.

(26) *Cit.*, *supra* en nota 13. *Vid.*, espec., parág. 8-9 en pp. 117-122. Existiría un peligro análogo en la hipótesis, a que se refiere por ejemplo Modugno (p. 28 de su ponencia, según el texto distribuido al Congreso), de que el Tribunal conociese de un conflicto de competencia en el que fuese parte él mismo.

más frecuentemente— por un juez que, al no tener el poder de controlar por sí mismo la regularidad constitucional de las leyes que debe aplicar en el caso que pende ante él, se ve *legitimado para actuar* ante el Tribunal y obtener de él la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad. En el proceso constitucional ante el Tribunal se garantizan, además, amplias posibilidades de participación por parte de ulteriores sujetos, a los que el ordenamiento ha convertido en titulares del poder de ser «oídos»; entre ellos, las partes del proceso *a quo*. Resulta, de esta forma, que el esquema del proceso judicial queda garantizado. Así, en cuanto que el Tribunal Constitucional no actúa de oficio, ni decide más allá de los límites de demanda (27). Así, también, porque el proceso constitucional ofrece muy amplias posibilidades de *fair hearing* de los posibles argumentos e intereses en litigio (28).

Resulta, pese a todo, que los proceso de inconstitucionalidad, al referirse a una ley, es decir, a un acto que por antigua (y un poco ingenua) definición es «general y abstracto», representan un tipo bastante anómalo de *case and controversy*. Tal carácter se manifiesta también en el desenlace mismo del proceso que se aplica, precisamente, *erga omnes*. De aquí la tendencia de la muy autorizada doctrina—que se remonta nada menos que a Kelsen y a Calamandrei— de ver en el juez constitucional un legislador, aunque negativo (*negativer Gesetzgeber*), más que un juez verdadero y propio. Cierto es que tal tesis ha sido ya abandonada en forma general (29), para afirmarse, incluso fuera del ámbito de la justicia constitucional, el fenómeno de

(27) «El Tribunal Constitucional... declara, dentro de los límites de la impugnación, cuáles son las disposiciones legislativas inconstitucionales...», Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, artículo 27 (lo destacado es mío).

(28) Puede recordarse, en particular, la obligación que corresponde al juez de notificar el auto por el que se transmiten los autos al Tribunal Constitucional, además de a las partes del proceso *a quo*, también «al Presidente del Consejo de Ministros o al Presidente de la Junta regional». Añádase a ello la notificación de dicho auto «a los Presidentes de las dos Cámaras del Parlamento o al Presidente del Consejo regional interesado» (Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, último párrafo del art. 23); la obligación de publicar tal auto «en la *Gazzetta Ufficiale* e, cuando sea procedente, en el *Bollettino Ufficiale* de las Regiones interesadas» (artículo 25, párrafo 1.º de la Ley citada); la posibilidad que asiste a las partes para «examinar los autos depositados en la Secretaría y presentar alegaciones» y la que asiste al presidente del Consejo de Ministros y al presidente de la Junta regional para «personarse en el proceso y formular sus alegaciones» (art. 25, párrs. 2 y 3); etcétera.

(29) Véase, no obstante, la comunicación presentada por M. Annis al Congreso de Florencia concebida con el expreso—y no modesto— propósito de su autor de «asestar un golpe definitivo para borrar la pretendida naturaleza jurisdiccional del Tribunal (Constitucional)» (p. 2 del texto distribuido al Congreso).

la jurisdicción sobre intereses generales o colectivos. En este tipo de jurisdicción la controversia no se reduciría a un conflicto que se refiera a una simple relación entre dos partes, mientras que el principio de contradicción quedaría asegurado con la sola presencia en el proceso de algún «representante adecuado» de grupos incluso muy amplios (30). Pero la «anomalía» del proceso de inconstitucionalidad, en cuanto proceso jurisdiccional a que me he referido, debería bastar para poner en guardia al juez constitucional. Y ello para que, en su actividad procesal, se mantenga, si es posible, aún más atento que el juez ordinario a no vulnerar las garantías típicas de la jurisdicción. Por ejemplo, en lo que respecta a la fundamentación de sus sentencias, el Tribunal Constitucional debería ser especialmente sensible al hecho de que, si los razonamientos que fundan sus fallos son completos, analíticos y dotados de sistematicidad, pueden representar un aspecto de ese carácter participativo del que hablé anteriormente, y un medio para que el Tribunal, como ha puesto de relieve con acierto ROTÒÀ (31), refuerce su legitimidad democrática al abrir al control crítico de la opinión pública sus propias *rationes decidendi*. Y también yo, desde hace tiempo, creo, como ROTÒÀ, que la publicación de los votos particulares de los jueces constitucionales representaría una ulterior contribución, y de especial importancia, en esta dirección (32).

#### 4. B) SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Me voy a limitar, en este tema, al examen de una sola cuestión. Se trata de una problema tan grave como actual: el enfrentamiento entre nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las

(30) Véase sobre este tema, y para referencias doctrinales, mis trabajos *apud*, M. CAPPELLETTI: *Access to Justice*, vol. II, pp. 767-865, y vol. III, pp. 513-564, Milán y Alphen aan den Rijn, Giuffrè y Sijthoff and Noordhoff, 1979; *vid.*, también M. CAPPELLETTI: «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile», en *Rivista di dir. processuale*, 1975, pp. 361 y ss.; M. CAPPELLETTI: «Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi», en el libro *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, 1976, pp. 191 y ss.; M. CAPPELLETTI: «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil. Métamorphoses de la procédure civile», en *Revue internationale de droit comparé*, 1975, pp. 571 y ss.

(31) Véase el texto de la ponencia distribuido en el Congreso, pp. 14 y ss.

(32) Véase, *ad ex.*, mi trabajo (ya de 1982) *Ideologie nel diritto processuale*, reeditado en *Processo e ideologie*, cit., *supra apud* nota 15, pp. 3, 28 y 29.

Comunidades Europeas como consecuencia de la famosa sentencia sobre el asunto *Simmenthal* (33).

Los términos en los que se ha producido el conflicto son sobradamente conocidos. En lo esencial, la tesis del Tribunal italiano consiste en que el Derecho comunitario constituye *lex superior* con relación al Derecho nacional. En consecuencia, el Derecho comunitario prevalece sobre la ley nacional que lo contradiga, incluso cuando ésta sea posterior en el tiempo (34). Sin embargo, se afirma que tal primacía se estima fundada en el artículo 11 de la Constitución italiana, que consiente «las limitaciones de la soberanía que sean necesarias para conseguir un ordenamiento que garantice la paz y la justicia entre las naciones». De ello resulta que en la hipótesis de conflicto entre ley comunitaria y ley nacional posterior (35) se da lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el conflicto mismo comporta, aunque sea indirectamente, una violación de la Constitución. Y así se concluye que el Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva en la materia, ya que, al ser el único que puede resolver sobre la regu-

(33) Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, causa núm. 106/77, «Amministrazione delle Finanze dello Stato versus Simmenthal, S. A.», en *Foro italiano*, 1978, IV, pp. 201 y ss. Entre los innumerables comentarios me limito a recordar el muy equilibrado de G. CAJA: «Leggi ordinarie e normativa comunitaria», en *Democrazia e Diritto*, 1979, pp. 613 y ss., además de la amplia discusión, a varias voces, del libro *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani* (Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale), Milán, 1978; Vid., ahora también, la recopilación de escritos en G. SPERDUTI: *L'ordinamento italiano e il diritto comunitario*, Padua, 1981.

(34) Sentencia de 27 de diciembre de 1973, núm. 183 («Frontini») del Tribunal Constitucional, en *Foro italiano*, 1974, I, pp. 314 y ss., con nota de R. MONACO. Es bien sabido que con esta sentencia el Tribunal ha abandonado la jurisprudencia que sentó en el caso *Costa vs. ENEL* (sentencia de 7 de marzo de 1964, núm. 14, en *Foro italiano*, 1964, I, pp. 465 y ss.), jurisprudencia condenada inmediata y firmemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64, «Flaminio Costa versus ENEL», en *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1964, pp. 1127 y ss.). Según tal jurisprudencia la regla *lex posterior derogat lege priori* debería ser aplicable incluso en el conflicto con la ley comunitaria. Tal jurisprudencia que, obviamente, habría hecho imposible esa uniformidad sin que la ley comunitaria deja de ser tal, había sido ya rechazada por nuestro Tribunal Supremo, *Sezioni Unite*, civil, sentencia de 8 de junio de 1972, núm. 1771, en *Foro italiano*, 1972, I, pp. 3119 y ss., y con mayor claridad en la sentencia *Sezione III*, civil, de 6 de octubre de 1972, núm. 2896, en *Foro italiano*, 1972, I, pp. 1861 y ss.; vid., el comentario de P. GORI a ambas sentencias en «La Corte di cassazione si mette al passo con l'Europa», en *Riv. dir. civ.*, 1973, II, pp. 165 y ss.

(35) En cambio, el Tribunal Constitucional ha admitido que los jueces ordinarios tienen la potestad de no aplicar, en cuanto se consideran derogadas en forma implícita, las leyes ordinarias que sean contrarias a una norma comunitaria posterior. Sentencia de 29 de diciembre de 1977, núm. 163, en *Foro italiano*, 1978, I, pp. 1 y ss.; Vid. CAJA *apud op. cit.*, *supra* en nota 33, p. 615; SPERDUTI, *apud op. cit.*, *supra* nota 33, p. 169.

laridad constitucional de las leyes, los jueces ordinarios están obligados a elevar al Tribunal el juicio sobre la cuestión de inconstitucionalidad (36). Esta tesis ha sido duramente condenada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Afirma que el Derecho comunitario es de aplicación inmediata en los Estados miembros, y que por ello se impone inmediatamente su respeto y aplicación por todos los jueces nacionales y no sólo por algunos de éstos (37).

El Tribunal Constitucional deberá volver a pronunciarse pronto sobre este problema, por motivo de una cuestión de inconstitucionalidad que le ha sido planteada en 1978, en virtud de un auto del Tribunal de Milán (38). Pues bien, la exhortación formulada ante el Congreso de Florencia por el ponente FEDERICO SORRENTINO fue la de que el Tribunal confirme su propia jurisprudencia, pese a la dura condena del Tribunal comunitario (39). Y aunque los auspicios de simple *hearsay* (o más bien *gossip*) me sean, en verdad, adversos, mi deseo se encuentra cabalmente en las antípodas del que formuló el ponente (40). Coincido así con el parecer de FRANCESCO CAPOTORTI, formulado en una

(36) *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1975, número 232, en *Foro italiano*, 1975, I, pp. 2861 y ss., con notas de A. PIZZORUSSO y R. MONACO; y, en especial, la sentencia de 28 de julio de 1976, núm. 205, y el auto de 28 de julio de 1976, núm. 206, ambas en *Foro italiano*, 1976, I, pp. 2298 y ss., con extensa nota crítica de A. TIZZANO.

(37) Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978; cit. *supra* en nota 33, 203-204.

(38) Auto del Tribunal de Milán de 16 de noviembre de 1978 (Soc. Comavicola v. Ministerio de Hacienda), en *Foro Italiano*, 1979, I, pp. 1631 y ss. Han llegado al Tribunal, sucesivamente, otros autos de remisión que plantean la misma cuestión (recuerdo en particular el auto del Tribunal de Florencia de 6 de marzo de 1979 y el del Tribunal de Trento de 23 de junio de 1979), *vid.*, por todos, el comentario de SPERDUTI citado, *supra* en nota 33, en pp. 167 y ss. Hasta ahora (finales de septiembre de 1981) el Tribunal no ha adoptado todavía decisión alguna, lo que, si sirve para poner de manifiesto la dificultad de la cuestión, debería servir de confirmación muy clara del razonamiento que expongo más adelante en el apartado II del texto.

(39) *Vid.* las pp. 11 y ss. del texto de la ponencia de Sorrentino que fue repartido en el Congreso.

(40) Y no desde hoy: *vid.* mi trabajo «Giustizia costituzionale soprannazionale», en *Rivista di dir. proc. ssuale*, 1978, pp. 1 a 5 (nota 13), 9 (nota 22), 17-20 y, en traducción española, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1978, pp. 337 a 341 (nota 13), 345 (nota 22), 352-354. Para un amplio y siempre interesante debate, con argumentos en pro y en contra de la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en 1976, véanse las obras citadas *supra* en nota 33. Recuerdo, además, los extensos razonamientos, anteriores a la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso SIMMENTHAL, de M. CAPURSO, «Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, confliggenti con norme primarie di diritto interno», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 1057 y ss., y de A. TIZZANO: «Sull'incostituzionalità delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari», en *Foro italiano*, 1976, I, pp. 2299 y ss.; espec. 2309 y ss.

eficaz y autorizada intervención en el mencionado Congreso. Me voy a limitar aquí a exponer muy brevemente una serie de razones por las que considero que una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que confirmase su conflicto con el Tribunal de Luxemburgo sería totalmente injustificable y gravemente perniciosa (41).

I) Desde el punto de vista de la interpretación normativa, parece difícil discrepar del Tribunal europeo cuando afirma que la tesis del Tribunal Constitucional italiano es incompatible con los artículos 177.2 y 189.2 del Tratado CEE. De estos preceptos resulta que la aplicación directa del Derecho comunitario opera frente a todos y, en particular, frente a todos los jueces nacionales (42), y no sólo algunos de entre ellos. La aplicabilidad directa vendría a ser limitada indebidamente si sólo pudiese operar una vez que la cuestión de inconstitucionalidad comunitaria llegase al Tribunal Constitucional y fuera resuelta por él. Y tal limitación no resultaría sólo por el elevado coste y la dificultad que ello implica, sino, sobre todo, por el retraso —quizá de años— que se produciría.

II) Desde un punto de vista práctico, la tesis del Tribunal Constitucional se muestra, además, como peligrosa para la subsistencia misma de un sistema de justicia constitucional eficaz en Italia. Ante un órgano de justicia constitucional sofocado ya por miles de cuestiones de inconstitucionalidad (genuinas) y donde dichas cuestiones penden durante algún que otro año antes de poder ser resueltas, parece al menos poco razonable querer atribuir al Tribunal mismo cuestiones de la llamada inconstitucionalidad indirecta, es decir, de

(41) El más interesante de los argumentos que podrían apoyar la tesis que critico en este trabajo es el de que la decisión del Tribunal Constitucional permite resolver la cuestión de si existe o no conflicto entre la norma comunitaria y el derecho italiano en forma definitiva y con eficacia *erga omnes*. Pero ante él, se puede replicar: en primer lugar, que esa solución definitiva no se produce en el supuesto de que el Tribunal dicte sentencia desestimatoria (*Vid.*, ya, mi trabajo *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, 1956, I, pp. 135 y ss.). Y, en segundo lugar, que la solución definitiva puede ser alcanzada ya normalmente recurriendo al procedimiento que se establece en el artículo 177 del Tratado CEE ya que, aunque sea cierto que el Tribunal de Justicia decide sólo sobre la interpretación (o validez) del Derecho comunitario y no sobre su eventual contradicción con el derecho nacional, sin embargo la decisión sobre esta última contradicción aparece en forma implícita, y con toda claridad, en la interpretación del Tribunal Europeo, que es vinculante *erga omnes* (cfr., la reciente sentencia de 13 de mayo de 1981, en la causa 86/80: *International Chemical Corporation v. Amministrazione Finanze dello Stato*).

(42) La versión inglesa del artículo 177 es mucho más expresiva que el texto italiano. En aquélla se habla precisamente de *any court or tribunal of a Member State* (traducido al italiano por *una giurisdizione di uno degli Stati membri*).

una violación del artículo 11 de la Constitución motivada por la violación directa de la ley comunitaria. Debe pensarse que el ámbito del Derecho comunitario ha ido creciendo con rapidez (43) y parece lógico que esté destinado a seguir incrementándose. Las posibilidades de suscitar cuestiones de prejudicialidad comunitaria no manifiestamente infundadas van también creciendo, al ir aumentando las competencias de la Comunidad. Y ello para las partes procesales que actúen de buena fe; no digamos para aquellas que tengan interés en retrasar el curso de los procesos. Dudo, en fin, que quien quisiera paralizar el funcionamiento del Tribunal italiano por *overload* hubiera podido imaginar un instrumento mejor para lograrlo que la tesis que critico.

III) Desde el punto de vista procesal, resulta que, planteada la cuestión de inconstitucionalidad (indirecta), el Tribunal Constitucional estaría obligado numerosas veces a plantear, a su vez, ante el Tribunal europeo, otra nueva cuestión sobre la interpretación o validez del Derecho comunitario. Y ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177, párrafo último, del Tratado CEE, en cuanto órgano de última instancia (44). ¿Cómo no ver lo artificioso, pesado, inútil y costoso de este absurdo y lento sistema procesal de doble prejudicialidad? Los inconvenientes tienen magnitud suficiente como para hacer del sistema algo deforme e inviable.

IV) Desde el punto de vista de la política comparada, la tesis que aquí se critica aislaría completamente nuestro país de aquellos otros que, como Italia, han reconocido la primacía del Derecho comunitario (45), incluidos los que también poseen un sistema concentrado

(43) Vid., ahora, en general, el óptimo trabajo de A. TIZZANO, «Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee», en *Riv. dir. europeo*, 1981, pp. 139 y siguientes.

(44) El Tribunal Constitucional ha preferido, en verdad, violar abiertamente esta norma al «restituir» la cuestión al juez *a quo* que se le había planteado para que sea éste el que plantee la cuestión de interpretación del Derecho comunitario ante el Tribunal Europeo. (Tribunal Constitucional, auto de 28 de julio de 1976, núm. 206, cit., *supra*, en nota 36.) Salta claramente a la vista cómo se ha agravado en forma absurda la artificiosidad que se deplora más adelante en el texto. Véase *Giustizia costituzionale soprannazionale*, cit., *supra* en nota 40, pp. 18-19, nota 47; TIZZANO, *op. cit.*, *supra*, en nota 40, 2309-2310. También condena esta actitud del Tribunal Constitucional Sorrentino en las pp. 17-19 de la ponencia presentada en el Congreso florentino.

(45) Para una síntesis del estado de la jurisprudencia en los nueve países miembros (antes de la adhesión de Grecia) véase *Giustizia costituzionale soprannazionale*, cit., *supra* nota 40, pp. 6-7, nota 17 (y en la traducción española cit., *supra* en nota 40, pp. 342-343, nota 17). Basta aquí con recordar que, con la excepción del *Conseil d'Etat* francés, pero, en cambio con inclusión de la *Cour de cassation* de aquel país (véase *infra* nota 46), los Tribunales superiores de los seis

de justicia constitucional. En efecto, en todas partes se ha admitido que la superioridad de la norma comunitaria opera frente a todos aquellos a quienes sea aplicable y, por tanto, frente a *todos los jueces*, que así se ven obligados a no aplicar la norma de Derecho nacional que contraste con el Derecho comunitario por sí mismos y sin necesidad de intermediarios (46). En este sentido se ha afirmado, con acierto, que los ciudadanos y jueces nacionales son también ciudadanos y jueces comunitarios.

V) Desde el punto de vista de la idoneidad de la Judicatura, se ha aducido con frecuencia, para apoyar la tesis del Tribunal Constitucional, el argumento de que, al estar inspirado nuestro ordenamiento en un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, ha partido de la base de que los jueces ordinarios no tienen la capacidad necesaria para verificar ellos mismos tal control. Y, a partir de esta premisa, se llega a concluir que el mismo criterio debe aplicarse al control de la regularidad normativa en materia comunitaria. Pero esta tesis lleva a consecuencias peregrinas, que revelan su escaso fundamento. *¿Quid iuris* sobre aquellos sistemas que, como el británico, belga, holandés o luxemburgués, niegan no sólo al juez ordinario, sino a todos los jueces sin exclusión alguna, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes? ¿Debería excluirse por este solo motivo que en aquellos sistemas sea admisible un control judicial sobre la regularidad normativa en materia comunitaria?

VI) Desde un punto de vista conceptual, y contra la opinión de SORRENTINO (47), creo que el concepto mismo de inconstitucionalidad in-

---

Estados-miembros originarios han acabado por aceptar el principio de la primacía del Derecho comunitario, por lo menos cuando el conflicto afecta a leyes internas de carácter ordinario. No está todavía suficientemente clara la posición de los cuatro estados miembros nuevos, en especial la del Reino Unido.

(46) *Vid.*, para la República Federal Alemana, especialmente, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 9 de junio de 1971, en *Europarecht*, 1972, pp. 51 y ss. Para Francia, la sentencia de la *Cour de cassation, Chambre mixte*, de 24 de mayo de 1975, «Administration des Douanes c. Soc. "Cafés Jacques Vabré"», en *Recueil Dalloz Sirey, Jurisprudence*, 1975, pp. 497 y ss., confirmada, por ejemplo, en la sentencia del mismo Tribunal de 15 de diciembre de 1975 en el caso «Von Kempis», en *Recueil Dalloz Sirey, Jurisprudence*, 1976, pp. 33 y ss. (Se mantiene aún la posición discordante, bien conocida, del *Conseil d'Etat*: Véase la sentencia de 1 de marzo de 1988, «Syndicat général des Fabricants de semoules de France», en *Recueil Lebon*, 1988, pp. 149 y ss. Confirmada en dos ocasiones el 22 de octubre de 1979 en las sentencias del «Conseil d'Etat» recogidas en el *Recueil Lebon*, 1979, pp. 383 y ss., y 385 y ss.)

(47) En las páginas 15-16 de su ponencia. (Pero, cfr., en cambio, la página 12 de la misma donde se admite que «no es ... suficiente poner de manifiesto que una determinada norma es el fundamento de una potestad para llegar a concluir que las normas dictadas en ejercicio de esa potestad implican también violación de aquella

directa o el de conflicto constitucional en virtud de «norma interpuesta» debe ser rechazado (48). También aquí puede ser esclarecedor recurrir a la experiencia de otros ordenamientos. No me refiero sólo al conocido precedente francés donde el Consejo Constitucional, en su famosa sentencia de 15 de enero de 1975 sobre la constitucionalidad de la ley sobre el aborto (49), excluyó expresamente la validez de ese concepto, con lo que abrió felizmente el camino a la Corte de Casación para su no menos famosa sentencia de 24 de mayo de 1975 en el caso *Cafés Jacques Vabre* (50). Me basta con aludir al precedente alemán, desde la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 9 de junio de 1971, en la que se afirma, con igual firmeza que en la del *Conseil* francés, que las cuestiones referentes a la regularidad normativa en materia comunitaria no deben confundirse con las cuestiones de inconstitucionalidad y que, por tanto, no son competencia del Tribunal Constitucional (51).

La experiencia mejicana, de opuesto sentido a la que he examinado, es asimismo esclarecedora. El artículo 14 de la Constitución de Méjico establece el principio de que los jueces deben aplicar la ley en sus sentencias. Se trata, en definitiva, del principio de legalidad que se encuentra en otras muchas Constituciones, incluida la italiana (art. 101.2). Fundándose en dicho artículo, el Tribunal Supremo mejicano ha afirmado durante muchos años que todo *error iuris* de los jueces viene a constituir una violación indirecta de la Constitución misma. Ha extendido, por ello, el remedio del *amparo* a todo error de Derecho. El recurso de amparo, que originariamente era un remedio especial destinado a ofrecer al ciudadano lo que, con terminología que hoy está de moda, llamaríamos una «tutela diferenciada» contra

---

norma si, por lo menos, no se demuestra ... que la potestad conferida es, en cierto modo, obligatoria».)

(48) *Vid.*, SPERDUTI, *op. cit.*, *supra* en nota 33, p. 54; 100.

(49) Sentencia del *Conseil Constitutionnel* de 15 de enero de 1975, en «Actualité Juridique Droit Administratif», II, *Jurisprudence*, marzo 1975, p. 134, con nota de J. RIVERO.

(50) Véase, *supra* nota 46; véase, también, *Giustizia costituz. soprannazionale*, cit., *supra* en nota 40, pp. 17 y 18 (trad. española cit. *supra* nota 40, pp. 352-353); «The Mighty Problem», cit., *supra* nota 21, pp. 7-10 (trad. española, cit., *supra* en nota 21, pp. 71-76). Véase, también, SPERDUTI, *op. cit.*, *supra* en nota 33, pp. 55-56.

(51) Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 9 de junio de 1971, cit., *supra* en nota 46, espec. p. 56, donde el Tribunal afirma que: *zur Entscheidung der Frage, ob ein innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des Europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist und ob ihr deshalb die Geltung versagt werden muss, ist das Bundesverfassungsgericht nicht zuständig; die Lösung dieses Normenkonflikts ist daher der umfassenden Prüfungs- und Verfügungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen.*

la violación de sus derechos constitucionales, ha sufrido una *degeneración*. Se habla así de la «degeneración del juicio de amparo», lamentada por múltiples autores de aquel país (52), que ha producido una debilitación, si no hundimiento, de aquella institución, sofocada precisamente a causa de la inflación de recursos.

VII) La tesis del Tribunal italiano debe ser repudiada también por razones de carácter más teórico, tanto desde la teoría del Derecho comunitario como desde la teoría de la justicia constitucional.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia europeo ha afirmado constantemente que es principio esencial y característica fundamental del Derecho comunitario ser—por definición—común a los países miembros, en los que debe recibir aplicación inmediata y uniforme. Es ésta la condición *sine qua non* de toda forma de federalismo o sistema normativo transnacional, a saber: allí donde se emana válidamente una norma federal o transnacional, en el ámbito de competencia que los Estados miembros han reconcido al ordenamiento federal o transnacional, esa norma, por definición, debe ser impuesta y aplicada de forma uniforme (53). Es cierto que esta afirmación es válida—a falta de una regulación federal o transnacional especial de carácter procesal (54)—sólo en la esfera del Derecho sustantivo. Así, un sistema de federalismo plenamente consolidado, como el norteamericano, reconoce la posibilidad de que existan, en el campo del Derecho procesal, variantes estatales en la aplicación del Derecho federal mismo (incluso, por ejemplo, el tema de la prescripción o el *statute of limitations*) (55). Sin embargo, el Tribunal Supremo estadounidense ha limitado estas posibles variantes. Las condena cuando, por sobrepasar las simples normas de procedimiento, pueden tener una incidencia negativa sobre la equidad o uniformidad en la aplicación del Derecho sustantivo federal en

(52) *Vid.*, por ejemplo, H. FIX ZAMUDIO: *Estudio sobre la Jurisdicción constitucional Mexicana*, apéndice al libro de M. CAPPELLETTI: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad* (trad. de H. Fix Zamudio), México, Imprenta Universitaria, 1981, pp. 193 y ss.

(53) *Vid.*, sobre este tema, y referencias sobre él, J. H. H. WEILER: *Supranationalism Revisited Retrospective and Prospective: The European Communities After Thirty Years*, EUI Working Paper núm. 2, European University Institute, Florence, March, 1981; M. CAPPELLETTI y D. GOLAY: *Judicial Review, Transnational and Federal: Its Impact on Integration*, EUI, Working Paper núm. 4, European University Institute, Florence, September, 1981.

(54) Si tal regulación existe, también vale para ella obviamente el principio de la primacía sobre el derecho (procesal) estatal contradictorio. Y cabe preguntarse si el artículo 177 del Tratado CEE no ofrece precisamente una regulación de ese género.

(55) *Vid.*, CAPPELLETTI y GOLAY, *op. cit.*, *supra*, en nota 53, sub III. C., en pp. 38-41.

todos los Estados, por comportar una discriminación estatal frente a *federal claims* o no asegurar una *adequate opportunity* a tales *claims* de acceder a la justicia (56).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha seguido una orientación semejante mucho antes del caso *Simmenthal*. Ha admitido la posibilidad de variantes procesales de carácter nacional, pero con la condición de que sean razonables; que no restrinjan o impidan indebidamente la posibilidad de defender las situaciones jurídicas subjetivas dimanantes del Derecho comunitario ante las jurisdicciones nacionales y que no consistan en condiciones procesales menos favorables que las que afectan a la protección jurisdiccional de situaciones análogas dimanantes del Derecho nacional (57). Y, en verdad, es bien difícil admitir que una variante que, más que procesal, es de carácter propiamente jurisdiccional y que implica la asunción por parte de un solo juez nacional de una jurisdicción exclusiva sobre todo conflicto entre la ley nacional y la ley comunitaria pueda no considerarse lesiva de la aplicación uniforme del Derecho comunitario en los Estados miembros de la Comunidad. Baste con recordar que, como antes dije, según la tesis criticada el Derecho comunitario perdería en Italia, al menos en forma transitoria, nada menos que la característica de su directa e inmediata aplicabilidad en relación con todos los sujetos (ciudadanos, jueces y otros órganos de carácter público y privado existentes en el ámbito de la Comunidad) (58).

(56) Cfr., CAPPELLETTI y GOLAY, *op. cit.*, *supra* en nota 53, pp. 40-41. La jurisprudencia de la *Supreme Court* ha operado, sobre todo, sobre la base del concepto de *adequacy* a fin de limitar la *state procedural autonomy*. En efecto, ésta sólo puede justificarse en cuanto no sea discriminatoria en relación con «derechos federales» y no sea tal que niegue a la parte «un mínimo de *due process*» y, en general, no esté fundada sobre *inadequate or untenable state grounds*. Cfr., en general, Note, *The Untenable Nonfederal Ground*, en 74 *Harvard Law Review*, 1961, pp. 1375 y ss.; A. HILL: *The inadequate State Ground*, en 65 *Columbia Law Review*, 1965, pp. 943 y siguientes.

(57) *Vid.*, con referencias jurisprudenciales, WEILER, *op. cit.*, *supra*, en nota 53, pp. 65-83; CAPPELLETTI y GOLAY, *op. cit.*, *supra*, en nota 53, sub IV. C., espec. en pp. 63-65; *Vid.*, también, por ejemplo, P. GORI: «Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario "per forza propria"», en *Riv. dir. civ.* 1978, II, páginas 681 a 686.

(58) «Siempre que el juez plantee la cuestión de inconstitucionalidad, se producirá la suspensión del proceso principal, así como la no aplicación provisional no sólo de las normas internas, sino también de las comunitarias. Y así, mientras dure el proceso ante la Corte Constitucional, no se aplicarán las normas comunitarias. Ello constituye, por sí mismo, una violación de las normas de los tratados comunitarios que exigen la eficacia inmediata y la aplicación directa y contemporánea en todos los Estados miembros de las normas contenidas en los Reglamentos a partir de que éstos entren, según las reglas comunitarias, en vigor». R. MONACO: «Norma comunitaria e norma di legge interna successiva», en *Foro Italiano*, 1975, I, 2862, 2865-2866.

VIII) La gravedad de esta última observación se refuerza a la luz de la teoría de la justicia constitucional. Como es sabido, el sistema «puro» de justicia constitucional «concentrada», tal como fue experimentado en Austria entre 1920 y 1929, se basaba en la concepción que defiende que la ley inconstitucional es perfectamente válida y eficaz (59). Al Tribunal Constitucional (*negativer Gesetzgeber*) es a quien corresponde el poder de *derogar* dicha ley *sin efectos retroactivos*. (Todavía hoy el artículo 140 de la Constitución kelseniana de 1920 sigue utilizando el término *aufheben*.) Según tal concepción era perfectamente lógico que ningún juez, salvo el Tribunal Constitucional, se ocupase del examen de la inconstitucionalidad de las leyes; y ello porque también las leyes inconstitucionales eran perfectamente aplicables para resolver las relaciones litigiosas.

La lógica de este sistema se vio alterada ya en Austria, en 1929, cuando se admitió la posibilidad de que dos Tribunales superiores pudieran suspender el proceso civil, penal o administrativo de que conocían para elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional tendría, en estas ocasiones, eficacia retroactiva, pero limitada al caso concreto que la había motivado (60). La tímida brecha abierta en la lógica de la validez de la ley inconstitucional se ha ampliado notablemente tras una reciente reforma de la Constitución austríaca, en la que se ha extendido la «prejudicialidad constitucional» a todos los tribunales que conocen en segunda instancia (61). Pero han sido los sistemas italiano y alemán de la última posguerra los que han roto completamente con ese sistema abandonando la lógica expuesta (62). Dado que en estos ordenamientos *todos los jueces* tienen el poder-deber de suspender la apli-

(59) Vid. mi libro *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, 8.ª reedición 1979, capítulos III, IV y V.

(60) *Il controllo*, cit., *supra* nota 59, cap. IV, 3, y cap. V, 4.

(61) Artículo 140.1 de la Constitución austríaca, tras la reforma de 15 de mayo de 1975. El propio texto modificado permite también, ahora, la impugnación por vicio de inconstitucionalidad de la ley a un tercio de los miembros del *Nationalrat*, así como, dentro de ciertos límites, el recurso directo (*Verfassungsbeschwerde* de tipo alemán) por parte de los sujetos a los que la ley haya producido en forma inmediata una violación de sus derechos fundamentales. Vid., en general, las ponencias de F. ERMACORA y de T. CHLINGER en el Congreso de Aix, en *Revuz.*, cit., *supra* en nota 2, pp. 417 y ss., y 543 y ss.

(62) Cfr., la ponencia presentada por Alessandro Pace al Congreso de Florencia, *apud* págfo. 3, donde se rechaza la tesis de C. MEZZANOTTE (*Il giudizio sulle leggi. Le ideologie della Costituente*, Milán, 1979) según la que «la introducción en nuestro sistema del control concentrado de constitucionalidad no habría satisfecho plenamente la primacía de la Constitución, ya que ha consentido la supervivencia del mito de la ... primacía de la ley» (Pace, *cit.*, p. 5).

cación de una ley cuando estimen, o duden, que pueda ser inconstitucional, se ha implantado una lógica rigurosamente antitética con la kelseniana, que lleva a la sustancial nulidad-ineficacia de la ley inconstitucional (63). Y ello aunque se concentre en el Tribunal Constitucional el poder de decidir, con efecto definitivo y *erga omnes*, la inconstitucionalidad de la ley cuestionada. Esta lógica ha sido confirmada, tanto en Italia como en Alemania, por el hecho de que normalmente la «no aplicación» de la ley declarada inconstitucional tiene efectos retroactivos (64). De esta forma, los sistemas italiano y alemán se han aproximado mucho al control llamado «difuso» (o «desconcentrado»), cuyo ejemplo lo constituyen los Estados Unidos de América. La diferencia que resta es importante desde el punto de vista procesal y de la organización, pero ya no lo es desde el punto de vista de la teoría de la *validez constitucional* de las leyes.

Ahora bien, desde el punto de vista, análogo al examinado, de la *validez de las normas comunitarias*, el sistema establecido por el artículo 177 del Tratado CEE ha significado evidentemente un progreso ulterior en este proceso de aproximación de Europa al sistema «difuso» o americano de *judicial review* (65). El Tratado ha establecido un sistema difuso. Todos los jueces nacionales, salvo los de última instancia, tienen poder para decidir por sí mismos sobre las cuestiones de validez de las normas de Derecho comunitario, no aplicando, por consiguiente,

(63) Cfr., la extensa discusión y las precisiones teóricas y definitorias que se contienen en mi libro *La pregiudizialità costituzionale*, cit., supra in nota 25, parte I, espec., en los parágs. 3, 6, 14-16. Muy claro al respecto es el parág. 78 de la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán de 17 de abril de 1951 (... so erklärt — das Bundesverfassungsgericht — das Gesetz für nichtig).

(64) La «no aplicación» se refiere también, en efecto, a hechos y relaciones del pasado en tanto en cuanto «no consolidados»; Vid., la ley núm. 87, de 11 de marzo de 1953, en su artículo 30.3. Vid., también, para una exposición reciente y profunda: A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO y R. MORETTI: «Garanzie costituzionali», en *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, artículos 134-139, Bologna y Roma, 1981, pp. 183 y ss. (comentario de Pizzorusso al artículo 136). Para la República Federal Alemana, vid. el parágrafo 79 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, y para una polémica doctrinal reciente, U. STEINER: *Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen* (c. 79 BVerGG), en CH. STARCK (herausgegeben von): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1978, pp. 628 y ss. Vid., la discusión comparatista en M. CAPPELLETTI y W. COHEN: *Comparative constitutional Law*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1979, pp. 98-112.

(65) He demostrado en otro lugar que el movimiento de aproximación ha sido bilateral. Véase *Il controllo*, citado, supra en nota 59, *pássim*. Y con mayor profundidad la versión reelaborada en mi libro *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1971, pp. 66-68, 84, 85 y ss.

la norma comunitaria que estimen inválida (66). Pero, además, *todos* los jueces nacionales tienen poder para verificar por sí mismos el control de la regularidad comunitaria del Derecho nacional, dejando de aplicar la ley nacional que contradiga el Derecho comunitario. Finalmente, sólo los jueces de última instancia tienen el deber de solicitar al Tribunal de Justicia de las Comunidades una interpretación vinculante del Derecho comunitario, aunque queda claro que, incluso en este supuesto, será después competente el juez nacional para decidir si, en la interpretación que se le ha dado, persiste la contradicción entre el Derecho comunitario y la ley nacional, por lo que aquél debe, o no, prevalecer sobre ésta.

El sistema que resultaría de la tesis de nuestro Tribunal Constitucional, que aquí se critica, es profundamente distinto y mucho más limitado que el modelo, muy equilibrado, que he expuesto. Nuestro Tribunal se atribuiría siempre a sí mismo, y sólo a él, la competencia para resolver el conflicto normativo, es decir, la conformidad de la ley italiana con el Derecho comunitario. El carácter «difuso» de la justicia comunitaria se vería limitado profundamente según esta tesis. Se vería, incluso, destruido, con todas las consecuencias teóricas y prácticas que he examinado en este parágrafo. La consecuencia más grave sería la de imponer una muralla artificial a la inmediatez de la aplicación del Derecho comunitario a los «ciudadanos» de la Comunidad europea.

---

(66) Distinta cuestión la de si no sería *oportuno* que los jueces nacionales recurran a su poder (que, sin embargo, no es deber) de plantear ante el Tribunal de Justicia la cuestión de validez de la norma comunitaria, siempre que la consideren inválida, en lugar de resolverla por sí mismos (artículo 177.2 Tratado). El Tribunal de Justicia ha afirmado, en sede extrajudicial, tal oportunidad sugiriendo incluso la adopción de una modificación del texto encaminada a «*prévoir qu'aucune juridiction nationale ne puisse considérer un acte communautaire comme privé de validité que si la Cour, préalablement saisie, a statué en ce sens, comme il en est dans le cadre CECA*». *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément 9/75, Rapports sur l'Union Européenne*, p. 21. Incluso los argumentos de muy autorizada doctrina (v. gr. H. G. SCHERMERS: *Judicial Protection in the European Communities*, 2.<sup>a</sup> ed., Deventer, 1979, pp. 208-210) que tratan de demostrar tal oportunidad con vivacidad, no pueden negar, sin embargo, en forma convincente el hecho de que el artículo 177 da a los Tribunales nacionales que no sean de última instancia: «*three alternative courses of action: ... c) to considere the act invalid without asking for a preliminary ruling*» (lo destacado es mío). La lógica de la comparación entre invalidez y nulidad, con la desaplicación consiguiente de la norma inválida, está además confirmada expresamente, en el sistema comunitario, *ad exemplum* por los artículos 174 y 184 del Tratado CEE.

## 5. CONCLUSIONES

Una primera conclusión se deduce del tema que he tratado en el párrafo 3 de este trabajo. Y es que la creatividad, y por tanto «politicidad», del Tribunal Constitucional ha producido hasta ahora, en su conjunto, una oportuna y a menudo eficaz contribución para la mejora del sistema constitucional italiano. Esta mejora se ha manifestado en la protección de las libertades individuales y en menor (o mucho menor) medida de los derechos sociales, así como en la consecución de un sistema de *checks and balances* imprescindibles para vencer las tentaciones tanto de un autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios y partidocráticos. El Tribunal Constitucional, al participar en forma activa en la dinámica de la vida italiana, ha logrado colmar una laguna típica de los sistemas continentales europeos, logrando extender el control al legislador mismo. Lo ha hecho con autoridad y sin peligrosos excesos de audacia. No obstante, la «creatividad» del Tribunal se ha desarrollado, o debido desarrollar, no sólo en el plano fisiológico, sino también en el plano patológico de la «suplencia». Como hemos visto, este último fenómeno se ha debido también al hecho de que en Italia subsisten todavía numerosas lagunas que deberían ser superadas si se quiere realizar un sistema acabado de controles recíprocos. Sin que incurramos en la superficialidad de reducir a esquemas meramente normativos los problemas reales, es evidente que la Constitución italiana, magnífica en lo que se refiere a los derechos fundamentales, ha sido esclava, por lo que se refiere a sus estructuras e ideas, de una tradición que durante siglos ha conducido al continente europeo a peligrosos bandazos que pueden caracterizarse, precisamente, por el desequilibrio de los tradicionales poderes de gobierno (67). La «gran reforma constitucional» de que tanto se ha hablado en estos últimos años sería dictada por la sabiduría si partiese de este convencimiento. Se trataría de obtener, evidentemente con métodos e instrumentos europeos y sin absurdas tentaciones de verificar trasplantes mecánicos, una estabilidad y un equilibrio que, hasta ahora, sólo se ha dado en el sistema político norteamericano.

Una segunda conclusión se extrae del tema tratado en el párrafo 4. Creo necesario replicar con firmeza a quienes desearían una ridícula «guerra del *Simmenthal*» entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. Una riña grotesca

(67) Véase *Nécessité et légitimité*, citado, *supra*, en nota 19, p. 634.

en la que el Tribunal italiano permanecería tota'mente aislado al sostener una tesis errónea de sabor nacionalista y, por si fuera poco, inviable. Si Europa ha logrado un progreso en el plano jurídico-normativo al que no se debe renunciar, ese progreso se encuentra precisamente en aquella serie de *arrêts célèbres* en las que el Tribunal de Justicia, desde 1963-64 en adelante, ha afirmado y defendido el principio de la aplicabilidad directa y la supremacía del Derecho comunitario (sentencias *Van Gend en Loos*, *Costa v. ENEL*, etc.). Nadie querrá seriamente ver destruido lo poco que se ha logrado, con gran esfuerzo, en la tentativa de recobrar algo de cohesión y una luz de futuro para Europa. Una Europa que, merced a la exasperación y degeneración de la ideología del Estado-Nación, ha sido el centro de tragedias muy dolorosas: entre ellas, dos guerras mundiales.

