

TUTELA DE LOS DERECHOS Y ACCESO A LA JUSTICIA EN EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES, ENTRE EVOLUCIÓN Y CRISIS DE LA FORMA DE ESTADO Y DE LA FORMA DE GOBIERNO*

GIAN LUCA CONTI / ANDREA PERTICI

SUMARIO: 1. *Observaciones preliminares.* 2. *Acceso a la justicia constitucional y crisis de la ley y de la jurisdicción.* 3. *Acceso a la justicia constitucional y crisis de la Constitución.* 4. *Acceso a la justicia constitucional y modificaciones tácitas a la Constitución.* 5. *Las cuestiones concretas nacidas del acceso a la justicia constitucional.*

RESUMEN: El artículo pretende abordar el tema de acceso a la justicia constitucional por lo que se refiere al juicio de constitucionalidad de las leyes, que en Italia se caracteriza sobre todo por la existencia de un juicio en la vía incidental, en donde dentro del procedimiento principal que se promueve y de manera difusa, se puede analizar el problema de constitucionalidad indicado en concreto. También al lado de ese recurso, siempre ha existido un juicio planteado con una acción directa del Gobierno nacional en contra de las leyes aprobadas por las Regiones del país, o bien de éstas en contra las leyes nacionales, para solicitar su conformidad al texto constitucional, lo que ha sido modificado de manera parcial con la reforma constitucional del año 2001.

* Traducción del italiano de Aldo Petrucci.

LAS modalidades con que se puede acceder, caracterizan el sistema de justicia constitucional en Italia que desde hace algunos años, se ha encontrado frente a la evolución de la forma de Estado y de gobierno, que en parte se ha expresado con la modificación del título V de la segunda parte de la Constitución y el frecuente cambio de la ley electoral, y en parte se ha realizado de manera "tácita" como el resultado de un reequilibrio de poderes y de funciones entre órganos, en ausencia de una reforma constitucional finalizada para tal propósito, pero para superar algunas dificultades en el funcionamiento concreto del sistema o para definir de un modo mejor (generalmente sin mucho éxito) el elemento representativo y las formas democráticas de determinación del rumbo político. Esto sin duda también ha reabierto el debate sobre las formas de acceso a la Corte Constitucional y la posible modificación del juicio de legitimidad constitucional promovido en la vía incidental, lo que se hizo muy evidente en la sentencia número 1 del año 2014 sobre la ley electoral aprobada para las dos Cámaras del Parlamento. Todo esto sin duda nos llevará en el futuro a nuevas preguntas relevantes sobre el papel de la Corte Constitucional, que también implica las modalidades de acceso a la misma y su evolución.

ABSTRACT: Lo scritto si propone di affrontare la questione dell'accesso alla giustizia costituzionale (nel giudizio di costituzionalità delle leggi), con particolare riferimento all'Italia, dove esso si è caratterizzato soprattutto per l'esistenza del giudizio in via incidentale (che è accentrato a iniziativa diffusa, caratterizzandosi per la concretezza della questione di costituzionalità) accanto al quale vi è sempre stato un giudizio in via d'azione (promuovibile dal Governo contro le leggi regionali o dalle Regioni contro le leggi dello Stato), che è stato in parte modificato con la riforma costituzionale del 2001.

Le modalità di accesso caratterizzano certamente l'intero sistema di giustizia costituzionale, che, in Italia, da alcuni anni si trova di fronte a una evoluzione della forma di Stato e della forma di governo, in parte espresse (in tal senso va in particolare la modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione ma anche il cambiamento – ripetuto – della legge elettorale) e in parte "tacite", frutto di un riequilibrio di poteri e funzioni, in assenza di una revisione costituzionale, ma per superare alcune difficoltà di funzionamento del sistema o per ridefinire (generalmente con scarso successo) il rapporto rappresentativo e quindi

le modalità democratiche di determinazione dell'indirizzo politico. Questo ha certamente riaperto anche la discussione circa le modalità di accesso alla Corte costituzionale e pure una modificazione —risultata particolarmente evidente con la sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale per le Camere— del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Da tutto questo si ingenerano certamente interrogativi sul ruolo della Corte costituzionale anche attraverso le modalità di accesso alla stessa e sulla sua evoluzione.

ABSTRACT: This paper aims to deal with the problem of the access to the constitutional justice with special reference to Italy, where we can find two main constitutional processes: one, in which it is possible to access to the Constitutional Court only indirectly because the question of the constitutional conformity of a law must be brought by a judge that has to apply it concretely in an ordinary process, and the other, where the national Government or the regional governments can directly access to the Constitutional Court to contest the constitutional conformity respectively of regional laws or of national laws. This second kind of process was partially changed by the reform of 2001.

During the last years all the Italian system of access to the Constitutional Court was subject to an evolution due to some changes of the form of the State and of the form of the government, that were sometimes contained in a reform legislation (such as it happened with the title V of the Italian Constitution) and sometimes silent in a play of balance among political powers. This kind of situation re-opened the discussion about the modes to access to the Constitutional Court and about the need to change the indirect one, as the judgement n. 1 of 2014 made it evident, in order to allow a wider and simpler access to it.

PALABRAS CLAVE: Corte constitucional, acceso a la justicia constitucional, Constitución, modificaciones constitucionales, papel de la Corte Constitucional, evolución de las modalidades de acceso a la Corte constitucional.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale, accesso alla giustizia costituzionale, Costituzione, modifiche costituzionali, ruolo della Corte costituzionale, evoluzione delle modalità di accesso alla Corte costituzionale.

KEYWORDS: Constitutional Court, access to constitutional justice, constitutional changes, role of the Constitutional Court, evolution of the means to access to the Constitutional Court.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

En todo el título dedicado a las garantías constitucionales, la Constitución aprobada el 22 de diciembre de 1947, había puesto por escrito: *"Aquí están los leones"* (*Hic sunt leones*) incluyendo sólo cuatro artículos y remitiendo una regulación más detallada a leyes constitucionales y ordinarias.

Entre las remisiones previstas expresamente a una ley constitucional posterior, estaba la de dar *"las condiciones, formas y términos de accesibilidad"* de los juicios de legitimidad constitucional, en que durante los trabajos de la Asamblea, hubo una confrontación entre distintos modelos, que en realidad también reflejaba la desconfianza de los partidos de izquierda hacia un órgano no representativo, pero con un poder de sindicar —y anular— leyes aprobadas por los representantes del pueblo.¹

Las incertidumbres del proceso constituyente en la definición del acceso a la justicia constitucional de hecho no concernían a la necesidad de que la Constitución terminara con un sistema completo de garantías adecuado para asegurar su rigidez, sino a las modalidades con que este sistema pudiera operar concretamente.

La Asamblea constituyente estaba perfectamente consciente de que las modalidades del ingreso a la justicia constitucional determinarían la manera de operar de la

¹ En realidad se trata de una posición que ha vuelto a aparecer también sucesivamente en la historia republicana de Italia, por parte de miembros de partidos de centro-derecha.

Corte para cerrar el propio sistema y esto último inevitablemente llevaría a cabo el diseño constitucional adecuándolo a los distintos desarrollos históricos.

Aunque el texto constitucional se había terminado con una remisión, fue la propia Asamblea constituyente, demorada en su función después de la aprobación de la Constitución hasta la convocatoria del Parlamento, que aprobó la ley constitucional número 1 de 1948, con la que se establecieron las modalidades de acceso a la Corte Constitucional en los juicios de legitimidad constitucional,² proveyendo el sistema del recurso en la vía incidental y completando el de la vía principal o de acción parcialmente ya disciplinado por el artículo 127 de la Constitución.

En base a la primera modalidad, que consiste en que durante un juicio, el juez puede (de oficio o bajo petición de parte) remitir a la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de una norma incluida en una ley o un acto con fuerza de ley que debiera aplicarse en aquel juicio, cuando considera dicha cuestión *"no manifestamente infundada"*. De tal manera, el juicio, aunque concentrado en el juez, resulta evidentemente concreto,³ en cuanto re-

² A la Corte Constitucional habían sido atribuidas por el Artículo 134 de la Constitución, también otras competencias, así como la decisión sobre los conflictos de atribución entre poderes del Estado y entre Estado nacional y Regiones, o bien entre Regiones, y el juicio sobre las acusaciones en contra del Presidente de la República y los Ministros (después limitado por la ley constitucional n. 2 de 1967, al juicio sobre las acusaciones en contra de sólo el Presidente de la República). Además de estas competencias, la Ley Constitucional n. 1 de 1953 agregó la de juzgar la admisibilidad de un *referéndum* abrogativo según el Artículo 75, apartado 2, de la Constitución.

³ Destaca la mayor relevancia de la diferencia entre sistemas concretos y sistemas abstractos respecto de sistemas centralizados y difusos en particular, véase A. Pizzorusso, *"Verfassungsgerichtsbarkeit"* o *"Judicial Review of legislation?"* en *Foro it.*, 1979, pp. 1933-ss.; Id., Artt. 134-138, en *Commentario alla Costituzione*, director G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981; Id., *Giustizia costituzionale (comp.)*, en *Enc. dir., Annali I*, Milano, 2007, pp. 669-ss. Y en otros escritos.

lacionado al caso en discusión, evitando también pretextos que puedan atribuirle la función de un mero "portero" (es decir un simple transmisor) según la expresión de Piero Calamandrei.

En cambio, el juicio en la vía de acción directa había sido previsto parcialmente por el propio Constituyente, que después de haber reconocido a las Regiones una función legislativa (aunque limitada) había establecido que la ley regional una vez aprobada, tenía que ser transmitida al Comisario del Gobierno nacional ante la Región y que podría ser remitida al Consejo regional por parte del Consejo de Ministros (el Gobierno nacional) para modificaciones en caso de exceso de competencia o de contraste con el interés nacional.

Sin embargo si el Consejo regional hubiese aprobado la ley otra vez con la mayoría absoluta, el Gobierno nacional podría impugnar la ley ante la Corte Constitucional por exceso de competencia o bien ante el Parlamento por contraste con el interés nacional (una hipótesis que nunca se ha verificado concretamente). Respecto de esta modalidad de acceso, la ley constitucional n. 1 de 1948 había previsto una especie de contrapeso, al otorgar a las Regiones la posibilidad de impugnar la ley estatal o de otra Región cuando creía que hubieran invadido su competencia. Por lo tanto, mientras que la impugnación de la ley regional por parte del Estado nacional era preventiva, la de la ley estatal o de otra Región por parte de una Región era sucesiva. Pero en ambos casos, el juicio además de ser centralizado, resulta también abstracto, porque se refiere a una norma de ley en sí misma y no a su aplicación a un caso concreto, como ocurre en el juicio en la vía incidental.

Esta característica del juicio en la vía de acción se ha conservado también después de su modificación por la

ley n. 3 de 2001, que ha reformado el texto del artículo 127 de la Constitución, estableciendo la posibilidad para el Gobierno nacional de impugnar una ley regional después de su aprobación (y no como era antes, cuando se podía impugnar sólo la simple deliberación del Consejo regional aún desprovista de fuerza de ley) y para una Región de impugnar una ley estatal o de otra Región dentro de 60 días, de una forma exactamente idéntica.

Así, fue eliminada con referencia a las modalidades de acceso, una asimetría, que se fundamentaba en el reconocimiento al Estado de la función de tutela general del ordenamiento para garantizar su coherencia y la unidad e indivisibilidad de la República que en cambio, sigue existiendo con referencia a los vicios denunciabiles según la propia jurisprudencia constitucional.⁴

⁴ Al respecto, el Artículo 127 prevé que el Gobierno nacional pueda impugnar por exceso de competencia, mientras que una Región lo pueda por lesión de su esfera de competencia. Dicha diferencia de hecho, no implica necesariamente una diferencia de los vicios denunciabiles, que en cambio fue puesta por la jurisprudencia constitucional que después de una orientación favorable a la equiparación de los vicios denunciabiles (sentencia n. 282 de 2002) en seguida ha subrayado sus diferencias en la sentencia n. 274 de 2003, en donde se afirma que es: *"decisivo rilevare come, nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'Articolo 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (Articolo 117, primo comma) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (Articolo 120, secondo comma). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto —lo Stato, appunto— avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento. Lo stesso Articolo 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa"*. Por lo tanto con esta base la Corte puede concluir diciendo que: *"pur dopo la riforma, lo Stato può impugnare in via principale una legge regionale deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale"* mientras que una Región debe limitarse a denunciar a la Corte una posible invasión de su competencia. So-

Una vez comentadas las modalidades de acceso, se puede apreciar cómo de hecho existe una interdependencia muy estrecha entre ellas así como las características de la forma de Estado y de la forma de Gobierno dibujadas por la Constitución, porque a la Corte Constitucional le fue encomendada la salvaguarda de un correcto desarrollo de ambas dimensiones constitucionales y las incertidumbres relacionadas a las modalidades de acceso a la justicia constitucional, determinan zonas de sombra en la Constitución considerada como norma.⁵

Tales incertidumbres en primer lugar, permitieron a la Corte afirmar su legitimación en el sistema, a través de una interpretación amplia —desde la primera decisión (sentencia n. 1 de 1956)— de las normas que podrían limitar el acceso a la justicia constitucional y a la tutela de los derechos conexos. En este periodo la elasticidad con la que la Corte juzgó por ejemplo, la relevancia⁶ o los supuestos del acceso en la vía incidental, determinaron una legitimación

bre este punto cf. A. Pertici, *Giudizio in via d'azione*, voz del *Digesto di discipline pubblicistiche*, Agg. ****, UTET, Torino, 2012, pp. 403-ss.

⁵ El tema de las zonas de sombra (normas que difícilmente se pueden valorar a través del juicio de constitucionalidad), a veces diferenciado por la doctrina de las zonas francas (normas consideradas esencialmente no valorables en razón de las modalidades de acceso) es frecuentemente investigado por los estudiosos italianos. Más en detalle a este tema fueron dedicados dos seminarios del "Grupo de Pisa", cuyos resultados fueron publicados en AA.VV., *"Le zone d'ombra del giudizio di costituzionalità. I giudizi sulle leggi"*, a cargo de R. Balduzzi, P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 2007; *"Le zone d'ombra del giudizio di costituzionalità. I giudizi sui conflitti tra poteri e sull'ammissibilità del referendum"*, a cargo de R. Pinardi, Giappichelli, Torino, 2007.

⁶ Sobre este punto A. Pizzorusso, *"Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli a essa relativi"*, en *"Giur. Cost."*, 1968, pp. 1478-ss., también con referencia a las evaluaciones que al respecto debe llevar a cabo el juez común al remitir la cuestión a la Corte Constitucional y las que desarrolla la propia Corte cuando al examinar su relevancia, realiza una selección (discrecional) de los casos, véase A. Pizzorusso, *"Ancora sui rapporti fra Corte costituzionale e giudice a quo"*, en *"Foro it."*, 1979, I, pp. 2535-ss., considera muy parecida al *writ of certiorari* de la Suprema Corte de Estados Unidos de América.

siempre mayor de la propia Corte porque estaba destinado a conseguir la efectiva aplicación de las normas constitucionales, evitando en dentro de lo posible, la formación de zonas de sombra para el planteamiento del juicio constitucional en la vía incidental, que antes de la institución de la Regiones en 1970 (en un origen sólo existían las que contaban con estatuto especial). Así, en los primeros años esencialmente era la única vía de acceso para un juicio sobre las leyes.⁷

En cambio, al mismo tiempo el acceso a la justicia constitucional no debe ser visto solamente como un instrumento de efectividad de la Constitución, sino que vale como instrumento de efectividad de la Constitución entendida como norma en la medida en que las normas constitucionales son el resultado de una interpretación aunque no obligatoria, pero ampliamente compartida en una directa relación con el texto de las normas constitucionales. Cuando la interpretación constitucional se hace más elástica, más libre, más dependiente de la jurisprudencia de la Corte respecto del texto mismo de la Constitución, la pregunta es si las normas en tema de acceso a la justicia constitucional suponen también un límite a la propia Corte, para impedirle rebasar su esfera constitucional de atribuciones.

Por lo tanto las cuestiones relacionadas con la justicia constitucional definen tanto la medida en que la Constitu-

⁷ Existe una amplia bibliografía producida en ocasión de los distintos aniversarios de la Corte Constitucional, que ha intentado realizar una partición en periodos, al individualizar los de su mayor apertura hacia el acceso o viceversa los de mayor rigor en la interpretación de los supuestos con una consecuente restricción del mismo acceso: sobre este punto cf., por ejemplo, P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *"I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento"*, en AA.VV. *"L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello"*, a cargo de R. Romboli, ESI, Napoli, 2006, pp. 679-ss.; AA.VV.; *"La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive"*, Giappichelli, Torino, 2008; S. Bartole, *"Giustizia costituzionale (linee evolutive)"*, en Enc. Dir. (Annali), vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 477-ss.

ción puede ser considerada como efectiva, así como la esfera constitucional de atribución de la Corte, garantizando su naturaleza jurisdiccional.⁸ Ellas deben solucionarse de una manera razonable y equilibrada, evitando por un lado, que la Constitución se convierta en una norma cada vez que expresa efectivamente un orden que puede extraerse unívocamente de su entramado, y por el otro, permitiendo que la Corte Constitucional exprese normas (e incluso valores constitucionales) que difícilmente podrían relacionarse al texto de la Constitución.

Esta necesidad de equilibrio se ha manifestado con una urgencia siempre mayor en los tiempos más recientes en que la transformación y (bajo ciertos aspectos) la crisis de nuestra forma de Estado y algunas tensiones de la forma de gobierno emergieron también como (muy discutibles) “modificaciones tácitas” o por lo menos, como torsiones de la Constitución conexas a la “necesidad” —o al menos voluntad— frecuentemente repetida de una reforma constitucional, que aunque propuesta varias veces a lo largo de los últimos años, llegando a ser aprobada dos veces por una estricta mayoría del Parlamento, fue rechazada por la gran mayoría de los ciudadanos mediante un referéndum constitucional en 2006 y 2016.⁹

⁸ También sobre la naturaleza de la Corte constitucional hay una amplia doctrina, dentro de la cual cf., por ej., AA.VV., “Corte costituzionale e processi di decisione politica”, a cargo de V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Giappichelli, Torino, 2005; R. Romboli, “La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente”, en http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/giustizia_costituzionale/romboli.html, 19 de septiembre de 2007.

⁹ Para una descripción del itinerario hasta el caso más reciente cf. por ej. C. Fusaro, “Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 431-ss.; por último, véase (con referencia también a la última fase de las reformas pero excluyéndose el resultado del referéndum de diciembre de 2016), S. Troilo, “Gli antefatti: il riformismo costituzionale nell’Italia repubblicana e le sue ragioni”, en AA.VV., “La Costituzione in movimento”, a cargo de A. Apostoli, M. Gorlani, S. Troilo, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 3-ss.

Frente a la evolución y las torsiones de la Constitución, las modalidades de acceso a la justicia constitucional se encuentran comprimidas entre la imposibilidad histórica de un regreso a la pureza del modelo constituyente y la dificultad constitucional de admitir distancias incolmables entre Constitución material y Constitución formal.

2. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CRISIS DE LA LEY Y DE LA JURISDICCIÓN

La presente investigación se ocupa de las relaciones entre las torsiones de la Constitución mencionadas arriba y el acceso a la justicia constitucional. Sin embargo, las torsiones de la Constitución por sí mismas son inconstitucionales porque la Constitución republicana fue aprobada como rígida y su rigidez no puede no encontrar en la Corte Constitucional, así como en el Presidente de la República, una sólida garantía.

En otros términos, la Constitución no puede considerarse en el prisma de una coyuntura histórica; ella nació para durar más allá de las coyunturas históricas (para ser una ley para el tiempo de paz y el tiempo de guerra, como afirmó la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en *ex parte* Milligan de 1866) y para guiar tales coyunturas siguiendo la orientación político-constitucional.

Pero no todas las normas son definidas de modo tal que impongan una solución única: eso vale en particular para las normas de carácter constitucional, dada su frecuente formulación en términos de principio,¹⁰ pero vale también para las incluidas en leyes ordinarias.

¹⁰ Al respecto puede recordarse en el ámbito de la segunda investigación conjunta AA.VV., “Principios y Reglas”, Escuela Libre de Derecho, México, 2010 el artículo de A. Pertici, “*Principi e regole nell’applicazione del diritto. La prospettiva del diritto costituzionale*”, *ivi*, pp. 231-ss.

En el ámbito de las modalidades de acceso a la justicia constitucional como hemos mencionado arriba, existen amplios espacios para regular el acceso también con referencia al momento histórico:¹¹ hoy el sistema de la vía incidental puede no aparecer adecuado a las exigencias de justicia constitucional expresadas por los derechos fundamentales.

El sistema del acceso a la justicia constitucional en la vía incidental supone un juez al que según la previsión del Artículo 23 de la ley n. 87 de 1953, le sea pedido durante un juicio, aplicar concretamente una norma de ley que él considera como manifiestamente no conforme a la Constitución.

En este sistema resulta central la idea de que la tutela de los derechos fundamentales sea solucionada normalmente por medio de leyes y que consecuentemente, para asegurar una plena tutela a los derechos, necesite un control de constitucionalidad de las leyes en el momento en que ellas definen concretamente la protección de un derecho fundamental.

La crisis de la ley y en particular, de la ley como instrumento de realización de los derechos fundamentales hace de este sistema no siempre el adecuado para responder a las necesidades de una justicia constitucional proyectada a la tutela de derechos perjudicados por decisiones políticas, que no son adoptadas por el legislador, sino por otras autoridades como las administrativas independientes (sobre todo antes de su lento ocaso aun no definitivo) o por el propio poder ejecutivo y como ocurre más frecuentemente, por el poder judicial, dada su función de integración normativa en ausencia de intervenciones del legislador,

que muchas veces persigue la evolución social de los derechos en lugar de anticiparla.

La esencia del acceso en la vía incidental puede verse en un juicio de legitimidad constitucional, que tiene por objeto una "norma" apreciada como inconstitucional por el juez, al que en el ejercicio de sus funciones, se le solicita aplicarla para solucionar un caso que le es sometido y él sospecha que al aplicarla, violaría una situación subjetiva protegida por la Constitución. En tal modelo es central la consideración del juez como sujeto al que en su situación sustancial de tercero respecto de los intereses implicados (en cuanto conexa a su sumisión a la ley y a la interpretación de la misma en conformidad con la Constitución) le es demandado actuar como una puerta de acceso del juicio de constitucionalidad.

Pero la crisis actual del Parlamento como lugar de síntesis y de orientación política ha modificado el modo de ejercicio de las atribuciones del poder judicial y dicha modificación tiende a representar un punto de crisis del modelo en donde, por ejemplo, la motivación de las disposiciones con las que los jueces promueven un juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental, resulta en la praxis desequilibrada al concentrarse en la sola pregunta de lo fundado o infundado de la constitucionalidad de la norma aplicable. Esta manera de configurar el acto introductor del juicio en la vía incidental, determina también una modificación del modo con que la Corte pronuncia sus sentencias, que siempre representan una respuesta a la pregunta del juez que remitió la cuestión (el juez *a quo*) en lugar de ofrecer una solución a un problema de constitucionalidad.

En segundo lugar, debe preguntarse si el mecanismo del juicio en la vía incidental tal como fue configurado por la

¹¹ Cf. *supra*, nota 7.

ley constitucional n. 1 de 1948 y la ley n. 87 de 1953, puede responder efectivamente a las exigencias de justicia constitucional expresadas por el cuerpo social. De hecho existen pretensiones de justicia constitucional que difícilmente pueden llegar a un juez común, que luego eventualmente podría promover la cuestión de legitimidad en la vía incidental: es suficiente pensar en el amplio conjunto de las necesidades de seguridad social, por las cuales el ciudadano no cuenta con un juez al cual dirigirse, en la dimensión de la "privacy" y la afirmación de nuevos medios tecnológicos que afectan a los derechos fundamentales, pero no están sometidos a la soberanía estatal.

Por otra parte, el proceso tiene un costo y el costo del proceso también es el tiempo de la justicia. Ambos elementos han llegado a un punto de crisis (para algunos irreversible) en nuestro sistema, que incluso conoce una justicia administrativa a doble velocidad: un proceso especial caracterizado por tiempos muy restringidos, que concierne a los grandes contratos públicos y un proceso ordinario farragoso y muy lento que afecta a la generalidad de los intereses legítimos, que pueden ser comprimidos por la administración pública. A causa del acceso en la vía incidental, esta situación influye en la justicia constitucional impidiendo a las exigencias de justicia constitucional llegar a la Corte mediante un acceso basado en un proceso "liberal", efectivamente abierto a todos y capaz de asegurar la igualdad ante la ley.

Por último, quizás hay también una especie de arremedamiento del tejido constitucional respecto de las evoluciones de la sociedad. La Constitución formal quizás, no permite satisfacer las necesidades de justicia constitucional expresadas por el cuerpo social. No es fácil mirar a la Constitución para encontrar en ella una respuesta a los

problemas de la tutela del medio ambiente, que constituye un valor constitucional en virtud de la jurisprudencia constitucional, pero que no es sencillo reconstruir en términos constitucionales a partir del texto de la propia Constitución.¹² Y lo mismo ocurre con referencia a las varias dimensiones de las libertades individuales en relación con el internet o bien a las nuevas dimensiones de la libertad religiosa, que se mueve según líneas muy lejanas del contenido de los artículos 7, 8, 19 e 20, Constitucional.¹³

También bajo este aspecto, el acceso a la justicia constitucional necesita una reflexión, porque el ingreso de tales exigencias de justicia en la trama de la jurisprudencia constitucional hace de la Corte el árbitro de un proceso de integración de la Constitución, que podría considerarse como suplencia de una función de orientación político-constitucional, que el binomio Parlamento-Gobierno (ya) no logra ejercer.

Es cierto que hay hipótesis que no pueden definirse "a priori" por las normas y que requieren una intervención jurisprudencial, eventualmente también por parte de la Corte Constitucional o bien por motivo de su intervención,¹⁴ pero algunas veces una evidente "suplencia" de la Corte aunque justificada por la incapacidad de intervención de

¹² Sobre este punto, entre los numerosos escritos publicados sobre todo en los últimos años (la mayoría de los cuales en realidad, se ocupan de la definición de los ámbitos de competencia legislativa del Estado y las Regiones mediante el juicio en la vía principal), véanse, por ej., P. Maddalena, "La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale", en *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2010, p. 307; G. Cordini, "Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana", en *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 626.

¹³ Al respecto cf., por ejemplo, M. Croce, "La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale", en *Diritto Pubblico*, n. 2/2006, pp. 387-ss.; Id., "La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano", ETS, Pisa, 2012; C. Bianca Ceffa, L. Musselli, "Libertà religiosa obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale", Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁴ Al respecto cf. G. Zagrebelsky, "Il diritto mite", Einaudi, Torino, 1992.

los órganos de orientación política, parece implicar el riesgo de comprometer la legitimación de la propia Corte.

Resumiendo, es posible afirmar que la Corte ha encontrado su legitimación en el sistema, en primer lugar a través de la tutela de los derechos fundamentales realizada con la depuración del ordenamiento republicano de los residuos del ordenamiento fascista. Sin embargo, hoy la legitimación de la Corte depende también de su capacidad de responder a las necesidades de justicia constitucional y fundamental (si se puede decir así, con la consciencia de utilizar una expresión muy imprecisa técnicamente) que la Constitución no soluciona explícitamente, lo que puede ocurrir sólo mediante una reflexión cuidadosa sobre las modalidades de acceso a la justicia constitucional y las técnicas de juicio que derivan de ellas.

3. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN

Desde la segunda mitad de los años setenta del siglo XX, se discute la revisión de la Constitución italiana, mientras que desde los años ochenta se han elaborado algunos proyectos de reforma (por medio de comités, comisiones parlamentarias e incluso iniciativas gubernamentales, sobre todo en los últimos años).¹⁵

Después del mensaje del Presidente de la República Leone en 1975, las intervenciones de Giuliano Amato (en la revista *Mondoperaio* en 1977) y Bettino Craxi (en el diario *L'Avanti* en 1978) fue Giovanni Spadolini, primer Jefe de Gobierno de la historia republicana no perteneciente al partido de la Democracia Cristiana, que durante su se-

gundo gobierno, en 1982 propuso un decálogo sobre las reformas constitucionales. Desde entonces casi todos los Gobiernos sucesivos tuvieron a un Ministro para las reformas institucionales o constitucionales y en casi todas las legislaturas se discutió la cuestión.

Entre las numerosas tentativas, una sola —relativa a la forma de Estado— fue llevada a cabo en 2001 y confirmada por parte de los electores con un referéndum constitucional, mientras que la mayoría no logró ni terminar el camino (“*iter*”) parlamentario y en dos casos, en 2006 y 2016, una extensa reforma constitucional promovida por el Gobierno y aprobada por el Parlamento sólo con los votos de los partidos que apoyaban el Gobierno, fue rechazada por el cuerpo electoral en un referéndum (con porcentajes acerca del 60%). Si el correcto respeto de la rigidez constitucional condujo a los partidarios de la necesidad de modificaciones del texto a plantear procedimientos de revisión (más o menos aceptables) no se puede pasar por alto que la Constitución aprobada el 22 de diciembre de 1947 parece haber sufrido unas torsiones o modificaciones tácitas en lo que se refiere tanto al sistema de las fuentes así como la forma de estado y de gobierno.

Sin embargo, las frecuentes tentativas (más o menos aceptables) de modificar la Constitución representan también la manera con la que las fuerzas políticas tratan de esconder (aunque con creciente dificultad) su crisis a la opinión pública, atribuyendo al texto constitucional la responsabilidad de su fracaso. De todos modos, estas tentativas repetidas de modificar la Constitución además de las intervenciones llevadas a cabo, indican una “crisis” de la Constitución y bajo ciertos aspectos, la han provocado.

Dicha crisis se evidencia también por el papel asumido por la Corte Constitucional, que hizo ingresar exigencias

¹⁵ Cfr. *supra*, nota 9.

de justicia constitucional, que probablemente no podrían solucionarse por medio de las categorías de la Constitución formal consideradas estáticamente, como acabamos de examinar.

Las dinámicas de la crisis constitucional también se reflejan en las temáticas del acceso que por un lado, deja a la Corte la tarea de integrar un tejido constitucional no siempre considerado como completamente actual y por el otro, constriñe la Corte a preguntarse seriamente cuál sea su papel, para no perder su legitimación y convertirse en guardián de valores ya no percibidos como vinculantes por el cuerpo social.

En este sentido, las dinámicas del acceso a la justicia constitucional sufren mucho la crisis de la Constitución y son influenciadas por ella. Luego la función de revisión constitucional pone una cuestión de acceso a la justicia constitucional muy delicada porque la Constitución es rígida también con referencia a la revisión constitucional y no solamente por motivo de la revisión constitucional.

Además, no se puede acceder fácilmente a la revisión constitucional ni respetando el procedimiento establecido por el Artículo 138 Constitucional o las distintas leyes que modificaron su contenido con referencia a las tentativa de reforma orgánica de la Parte Segunda de la Constitución,¹⁶

¹⁶ De hecho en varias ocasiones fueron aprobadas leyes constitucionales derogando el procedimiento previsto por el Artículo 138: al respecto véase F. Dal Canto, "Legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 (commissione parlamentare per le riforme costituzionali)", en AA.VV., "Commentario alla Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso" (Comentario a la Constitución fundado por G. Branca y continuado por A. Pizzorusso), Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 1-ss. Una tentativa de seguir el mismo camino fue llevada a cabo también en la XVII legislatura, mediante una propuesta de ley constitucional presentada por el Gobierno de Enrico Letta, luego abandonada para respetar el camino normal disciplinado por el Artículo 138 Constitucional, en relación a la propuesta presentada por el Gobierno de Matteo Renzi.

ni respetando la forma constitucional republicana ni consecuentemente los principios del constitucionalismo contemporáneo, como se ha observado por una doctrina autorizada.

El acceso a la justicia constitucional de la revisión de una Constitución en crisis hace de la Corte Constitucional el árbitro de una controversia político-constitucional sobre las oportunidades de una reforma, someténdola a un estrés no fácilmente soportable, sobre todo en el caso de que tal reforma sea valorada por la legitimación derivante de la aprobación popular mediante referéndum (lo que ocurrió solamente en 2001, con la reforma del título V de la segunda parte de la Constitución, cuyas normas —en particular el artículo 117 en tema de repartición de competencias entre el Estado nacional y las Regiones— son consideradas como parámetros frecuentes en los juicios de constitucionalidad en la vía principal, en donde los fallos pronunciados por la Corte, muchas veces han "reescrito" el texto de las mismas normas, según lo que se observa por parte de la doctrina).¹⁷

Se trata de una situación en la que un legislador poco escrupuloso de una revisión constitucional podría alterar el contenido de los principios fundamentales en que se basa la Constitución, sin encontrar límites substanciales a excepción de la posibilidad de una reacción de la opinión pública, que rechace mediante *referéndum*, reformas de tal tipo (como de hecho pasó dos veces en 2006 y 2016 cuando las reformas aprobadas por el Parlamento alterarían al parecer de una parte de la doctrina, unos principios fundamentales).

¹⁷ A. Morrone, "La Corte riscrive il titolo V," en *Quad. Cost.*, 2003, pp. 818-ss.; R. Dickmann, "La Corte costituzionale attua (ed integra) il titolo V", en *www.federalismi.it*, 6 de noviembre de 2003.

De otra parte, el propio procedimiento de revisión constitucional podría crear cuestiones de interpretación y aplicación de la Constitución que implicarían algunas torsiones de la misma Constitución, así como cuestiones de constitucionalidad que sin embargo difícilmente permitirían el acceso a la Corte. Por ejemplo, bastaría pensar en la cuestión de admisibilidad de un referéndum constitucional no homogéneo (discutida también en ocasión del referéndum de diciembre de 2016) porque tiene por objeto una pluralidad de disposiciones constitucionales, que no pueden solucionarse de una forma unívoca, lesionando así la libertad de voto de los ciudadanos, que se configuró a partir de la sentencia de la Corte Constitucional n. 16 de 1978. Al respecto, necesitamos distinguir por un lado, la tesis según la cual el Artículo 138 Constitucional sólo autorizaría modificaciones delimitadas o de todos modos homogéneas, y por el otro, la tesis de que tendría que ser homogénea la cuestión presentada a los electores (la así llamada tesis del “desmembramiento” entre las varias cuestiones).¹⁸

Pero también otros aspectos del complicado procedimiento de referéndum en su aplicación concreta, podrían ocasionar dudas de constitucionalidad.¹⁹

¹⁸ Sobre este punto cf. la recién investigación de A. Pertici, “La Costituzione spezzata”, Lindau, Torino, 2016, pp. 45-ss.

¹⁹ En lo que refiere por ejemplo, para la sucesión de votaciones, que ahora se interpreta en el sentido de que los 3 meses para la segunda deliberación se calculan para cada rama del Parlamento desde la fecha, en que la propia rama votó en primera deliberación (y no desde el término de ambas las primeras deliberaciones) o para la fecha dentro de la cual se debe realizar el referéndum constitucional, fijada por el Artículo 15 de la ley n. 352 de 1970, en 60 días a partir de la fecha del acto de admisión emitido por la Oficina Central para los Referéndum de la Suprema Corte de Casación, con tal que sea un domingo comprendido entre el quincuagésimo y el septuagésimo día desde la fecha del decreto de convocatoria de los comicios. La Oficina Central para los Referéndum debe pronunciarse sobre la legitimidad de su petición dentro de 30 días de su recepción (artículo 12, ap. 3°, ley n. 353/1970). Por consecuente,

También estas cuestiones —que deberían solucionarse antes de un referéndum para que la intervención realmente pueda ser eficaz— no parecen encontrar un acceso fácil a la justicia constitucional.

Si la cuestión de legitimidad constitucional fuese fundamentada, la imposibilidad de acceso a la justicia constitucional para conseguir por ejemplo, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de revisión constitucional que viola el criterio de homogeneidad, determinaría una paradoja relevante porque la revisión constitucional ciertamente constituye un principio fundamental y este principio fundamental podría ser violado, con la consecuencia de que la Constitución sería rígida en caso de modificaciones delimitadas y respetuosas del artículo 138 Constitucional, mientras que sería flexible con referencia a modificaciones amplias y lesivas del contenido normativo del propio artículo 138.

4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODIFICACIONES TÁCITAS DE LA CONSTITUCIÓN

Como comentamos, en Italia la Constitución sufrió modificaciones tácitas desde 1948. Se puede observar que eso pasó con particular evidencia desde 1992 a causa de la crisis de la forma de gobierno fundamentada en los partidos políticos y su capacidad de generar una orientación política, al sustituir el diálogo entre mayoría y minoría a la dialéctica Parlamento-Gobierno, que era típica del Estado libe-

el referéndum podría realizarse dentro de 160 días desde la (primera) petición (30 días sirven para la decisión de la Oficina Central, 60 para el decreto del Presidente de la República de convocatoria de los comicios electorales y un período entre 50 y 70 días para la efectiva realización de la consulta popular), mientras que de hecho siempre se han calculado 3 meses dentro de los cuales todos los legitimados pueden presentar una petición.

ral, y de una forma más marcada desde 1994, después del cumplimiento de elecciones con un sistema en prevalencia mayoritario, que nuestra Constitución republicana nunca había conocido antes (aunque más veces la Corte constitucional había afirmado su compatibilidad con ella).²⁰ Este cambio de sistema electoral puso en ocasión de la primera crisis de Gobierno sucesiva, también la cuestión de una posible modificación tácita de los poderes del Presidente de la República, que pero fue rechazada precisamente por el Presidente de entonces Oscar Scalfaro.

También se puede afirmar que eso pasó porque la crisis de los partidos políticos en primer lugar, es la crisis de su capacidad de interpretar políticamente las exigencias de la sociedad civil y la representación se ha creado entre cuerpo electoral y gobierno sin intermediaciones del Parlamento y los grupos parlamentarios en que se proyectan los partidos políticos.

Además se puede observar que el papel del Presidente de la República sufrió una modificación tan fuerte porque ya no es intermediario de la representación política expresada por el Parlamento y del ejercicio de la función de orientación política expresada por el Gobierno, sino de la representación vertical entre cuerpo electoral y Gobierno, en un escenario con límites impalpables y dejado únicamente a su prudencia.²¹

Todo lo que acabamos de comentar naturalmente no tuvo ningún ingreso a la Corte Constitucional a la que

²⁰ Cf. en particular la sentencia n. 1 de 2015.

²¹ También la evolución del papel del Presidente de la República fue objeto de una atención particular por parte de la doctrina en los últimos años: véase por ej., D. Galliani, "Il Capo dello Stato e le leggi", Tomo I, "Aspetti storici, profili comparatistici, ordinamento italiano", Giuffrè, Milano, 2011; Id., "Il Capo dello Stato e le leggi", Tomo II, "Il concreto svolgimento costituzionale", Giuffrè, Milano, 2011. Más recién es la investigación de V. Lippolis, G. M. Salerno, "La Repubblica del Presidente", Il Mulino, Bologna, 2013.

han llegado sólo algunas manifestaciones exteriores de los cambios realizados por la praxis constitucional en la Constitución de 1948. De hecho, estos cambios constituyen un "escenario" y las técnicas del acceso a la justicia constitucional pueden responder sólo a las exigencias de justicias concretas y referidas a casos de la vida en que los modos de decisión utilizados por la Corte pueden intervenir con precisión quirúrgica.

La Corte no es ni puede ser el juez de la correspondencia entre Constitución formal y Constitución material cuando la relación entre las dos es dada por un escenario político-constitucional y en tal caso, la crisis de la Corte Constitucional quizás es más evidente. La Corte puede juzgar la inmunidad presidencial de las interceptaciones realizadas por una magistratura investigadora considerada como demasiado audaz por alguien, pero no puede juzgar el cambio del papel del Presidente de la República en la forma de gobierno y su centralidad casi estatutaria en la crisis de la representación política.²²

Las dificultades que la Corte Constitucional encuentra en juzgar las modificaciones tácitas de la Constitución se pueden considerar como el fundamento de nuevas moda-

²² La referencia es al conflicto entre el Presidente de la República y la Procuraduría de Palermo decidido por la Corte Constitucional con la sentencia n. 1 de 2013, en que se afronta la definición del rol del Jefe de Estado en el ordenamiento italiano, sobre el cual cf., entre los tantos comentarios, los de F. Ferrari, "Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013"; M.C. Grisolia, "La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale"; A. Pace, "Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali"; G. Simone, "La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano"; A. Sperti, "Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale"; publicados en distintas revistas telemáticas, que se pueden encontrar todos en www.giurcost.org (en las páginas de la sentencia).

lidades de acceso a la justicia constitucional, como la que se refiere a las modalidades de impugnación de los estatutos regionales después de la reforma constitucional de 1999,²³ o la que se quería introducir con la reforma constitucional rechazada por los electores el 4 de diciembre de 2016 en el tema del juicio de constitucionalidad anticipado (antes de la promulgación) sobre la ley electoral.²⁴

En el caso de los Estatutos (así como lo sería para las leyes electorales) la Corte puede ser requerida de evaluar la legitimidad constitucional de los instrumentos normativos antes e independientemente de su entrada en vigor, ejercitando un control preventivo y abstracto de constitucionalidad que encuentra quizás, su propio fundamento en la función sistemática que los Estatutos juegan para la forma de gobierno regional (del mismo modo de que sería para la ley electoral en relación a la determinación de la forma de gobierno).

La modificaciones tácitas de la Constitución en este caso, son atraídas por la justicia constitucional según un

²³ Esta revisión constitucional, realizada por la ley constitucional n. 1 de 1999, al referirse a los artículos 121, 122, 123 y 126 de la Constitución, adelanta en una cierta medida, la más amplia de 2001, conocida como "reforma del título V", que de hecho, interviene prácticamente en todos los demás artículos de la disciplina constitucional de las Regiones y de las otras entidades territoriales. Con referencia a los Estatutos, la nueva formulación del texto del Artículo 123 prevé por la primera vez, que los Estatutos de las Regiones con autonomía ordinaria sea aprobado por la propia Región (en lugar que con una ley estatal) después de un procedimiento complejo, que bajo muchos aspectos, recuerda el previsto para las leyes constitucionales. Al interior de dicho procedimiento también está prevista la posibilidad para el Gobierno de impugnar el Estatuto aprobado antes de su entrada en vigencia. Después de la revisión constitucional del Artículo 127, se trata de la única impugnación preventiva. Sobre este punto v. R. Tarchi, D. Bessi, "Artículo 123", en "Commentario alla Costituzione", a cargo de R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006.

²⁴ Al respecto v. F. Dal Canto: "Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali", en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/11/Dal-Canto-Giudizio-preventivo-30-ottobre.pdf>

modelo en que la estructura preventiva y abstracta del control podría alterar la legitimación de la Corte, que no soluciona un problema concreto de justicia constitucional, sino juzga el funcionamiento del sistema en su complejo al evaluar las opciones políticas efectuadas por los órganos representativos.

Al parecer, por parte de una doctrina autorizada, las modificaciones tácitas de la Constitución no pueden examinarse ni mediante un juicio en la vía incidental porque normalmente son desprovistas de los requisitos concretos necesarios para dar vida a un proceso en donde alguien actúe para tutelar una situación subjetiva indicada por el ordenamiento como una manifestación de la voluntad, ni mediante un juicio en la vía de acción, porque las Regiones (también a causa de la jurisprudencia de la propia Corte que limita el acceso de las mismas) difícilmente pueden considerarse como titulares de un poder constitucional para el respeto de la Constitución en casos distintos de los que se refieren a sus funciones. También por eso se propuso la vía del recurso directo.

Sin embargo, si las modificaciones tácitas fueran objeto del juicio de constitucionalidad, la Corte Constitucional podría convertirse a su vez, en uno de los actores del proceso de modificación tácita de la Constitución, contrastando con su papel substancial y formal. En efecto, una modificación tácita de la Constitución es un hecho eminentemente político y un juicio al respecto tendría carácter político y en cuanto tal, contrario al papel formal de la Corte y a los instrumentos de su legitimación.

Las reglas del acceso a la justicia constitucional crean como comentamos arriba, zonas de sombra en que la Corte Constitucional fisiológicamente no debe intervenir, exactamente como era la opinión del diputado Perassi en

la Asamblea Constituyente, cuando se discutía la formulación del artículo 138 de la Constitución. A su parecer, existen espacios de acción política reservados a los órganos constitucionales en que es mejor que la Constitución no intervenga, dejándolos a las praxis constitucionales y por lo tanto también a las modificaciones tácitas que la fuerza de tales praxis podrían determinar.

La relevancia prejudicial de una cuestión permitió a la Corte desarrollar su actividad en una llave jurisdiccional que conquistó una amplia legitimación, que quizás no logró conservar con el mismo éxito, cada vez de que sus atribuciones se han desplazado en un terreno más político, como en el caso del juicio de admisibilidad de un referéndum abrogativo²⁵ y —en una cierta medida— del juicio sobre un conflicto entre poderes. Y probablemente no es por casualidad que cuando la Corte dio menor relevancia a una cuestión prejudicial (así como ocurrió con la sentencia n. 1 de 2014 sobre la Ley para la Elección de la Cámara de los Diputados y del Senado) se encontró en el centro de tensiones políticas que aun más, surgieron después de juicio sobre la Ley Electoral para la Cámara de los Diputados aprobada en 2015 (llamada con el apodo de “*Italicum*”).

Por otra parte, la revisión constitucional puede llegar hasta a la Corte probablemente sólo mediante recurso directo sea por parte de los ciudadanos reunidos en comités con tal finalidad, así como por parte de la minorías parlamentarias o bien por medio de un juicio preventivo de constitucionalidad de naturaleza tendencialmente necesaria.

Pero en tales casos, el alto contenido político de las opciones elegidas por el legislador de la revisión constitucio-

²⁵ Esta competencia fue la que históricamente suscitó las mayores críticas y ataques políticos a la Corte: véase al respecto entre otros autores, A. Pertici, “*Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*”, Giappichelli, Torino, 2010.

nal, la posible incandescencia del conflicto que se refiere a las mismas y que podría agitar a la opinión pública (sobre todo cuando dichas opciones hubiesen visto aprobadas por una limitada mayoría parlamentaria, como pasó en la últimas ocasiones en materia de revisión constitucional) el contenido tendencialmente elástico y no fácilmente determinable *a priori* de los principios supremos del ordenamiento a los que está sometida la función de revisión constitucional (y que podrían considerarse como perjudicados) podrían atentar contra la legitimación de la Corte, para la cual una atribución de este tipo podría asemejarse al “dono envenenado” a (“la manzana envenenada”) del cuento de los hermanos Grimm, según la expresión que Leopoldo Elia (un ex Presidente de la Corte Constitucional) utilizó con referencia al juicio de admisibilidad de un referéndum.

5. LAS CUESTIONES CONCRETAS NACIDAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es por casualidad que en los últimos años las perspectivas del acceso a la justicia constitucional se hayan puesto frecuentemente a la atención de la doctrina y los grupos de estudiosos de derecho constitucional. Para mencionar sólo las ocasiones más recientes, se puede recordar el Congreso de 1999, organizado por la asociación entre profesores de derecho constitucional denominada “*Grupo de Pisa*” y dedicado propiamente a las *Perspectivas de acceso a la justicia constitucional*, y la colección de 2006 dedicada a los 50 años de la Corte Constitucional, en la que Roberto Romboli

coordinó una publicación titulada "*Acceso a la justicia constitucional: caracteres, límite, perspectivas de un modelo*".²⁶

El primer volumen se ocupa de las problemáticas existentes por el acceso a la justicia constitucional en el marco de la forma de Estado y de gobierno: si la Corte Constitucional completa el sistema al solucionar sus contradicciones y ambigüedades, las modalidades de ingreso de las contradicciones y ambigüedades del sistema definen el modo con que la Corte puede actuar y por lo tanto su papel. Luego, el modo con que tales contradicciones y ambigüedades pueden llegar a la Corte depende de los límites de su posibilidad de solucionarlas y dichos límites derivan de la colocación de los distintos poderes del Estado —de las distintas esferas de atribuciones constitucionales puestas en una situación de recíproca autonomía— en el sistema.

Esta investigación originó la oportunidad de reflexionar sobre el cambio de papel de la Corte Constitucional en ocasión de la reforma de la Constitución, entonces ideada por la Comisión bicameral instituida por la ley constitucional n. 1 de 1997, que como se sabe, había previsto que el acceso a la Corte Constitucional pudiera realizarse prácticamente según todas las modalidades conocidas entonces por el derecho comparado.²⁷

Por lo tanto, hubo la oportunidad de reflexionar de cómo el aumento de los modelos de acceso a la justicia constitucional modificaría el papel de la Corte Constitucional en el sistema y una vez fracasada (o de todos modos reducida) la tentativa de reforma de la Constitución,

²⁶ Los dos volúmenes más exactamente son, AA.VV., "*Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*", a cargo de A. Anzon, P. Caretti y S. Grassi, Giapichelli, Torino, 2000; AA.VV., "*L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*", a cargo de R. Romboli, ESI, Napoli, 2006.

²⁷ Cfr. R. Romboli, "*La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale*", en "*Dir. pubbl.*", 1997, p. 833.

no fue difícil empezar un análisis sobre las posibilidades concretas de mejorar la eficiencia del texto constitucional entendido en su eficacia normativa, modificando las modalidades de acceso a la justicia constitucional.

El trabajo coordinado en 2006 por Romboli, se mueve en una dirección convergente porque responde a la cuestión de cómo después de 50 años de actividad de la Corte Constitucional, han funcionado las reglas del acceso a la justicia constitucional y si en la compleja fase de transición constitucional de entonces (todavía no completa hoy) el juicio de legitimidad constitucional en la vía incidental aun pudiese considerarse como una limitante suficiente para los derechos y libertades fundamentales.

En ambos casos, los problemas actuales del acceso a la justicia constitucional siguen un esquema lógico bastante parecido. En 1999, se puso la distinción entre acceso a la justicia constitucional en la vía incidental, el recurso directo de los particulares, el acceso a la Corte Constitucional en los procedimientos electorales, el acceso de las minorías parlamentarias, el recurso constitucional directo de las minorías lingüísticas, el acceso de Regiones, Provincias y Municipalidades bien sea en el juicio en la vía principal así como en el de los conflictos entre ellos, el acceso en los conflictos constitucionales y los *referéndums*.

A estas temáticas que fueron examinadas analíticamente en las relaciones de base o bien en las intervenciones durante el congreso, se agregaron las intervenciones de los participantes que manifestaron el gran interés de la doctrina hacia el argumento del acceso. Además en las intervenciones dedicadas a las autoridades administrativas independientes, se expresó toda la crisis de la ley como instrumento de síntesis política, mientras la crisis de la representación política era considerada con referencia a los

conflictos sobre las inmunidades parlamentarias, cuya relevancia paulatinamente se disminuyó.

En 2006, en primer lugar, se analizaron las cuestiones puestas por los sujetos que pueden promover la justicia constitucional (órganos parlamentarios, Presidente de la República, poder judicial, Regiones y entidades locales, autoridades administrativas independientes y consejo superior del poder judicial, formaciones sociales y sujetos particulares, los terceros en los conflictos de atribución de poderes y la persona ofendida en los conflictos sobre las inmunidades parlamentarias). En segundo lugar, se consideró el acceso a la justicia constitucional desde el punto de vista del parámetro del juicio de legitimidad constitucional, bien sea en sentido estricto así como norma interpuesta. En tercer lugar, se examinaron las cuestiones puestas por el objeto del juicio de constitucionalidad (las fuentes constitucionales; los tratados internacionales, las fuentes de la Comunidad Europea; las leyes ordenamiento y las leyes auto-aplicativas; los decretos-leyes; las delegaciones legislativas; los reglamentos parlamentarios, la sustitución de leyes por actos administrativos; los actos jurisdiccionales; el poder judicial y la garantía de un juez prefijado por ley; la materia electoral). En cuarto lugar, la atención se desplazó hacia el proceso constitucional, teniendo en cuenta su relevancia, la discrecionalidad del legislador, las técnicas de juicio y la selección de los casos). Por último, se formularon conclusiones en torno a las limitaciones que existían en el acceso a la justicia constitucional para el juicio de legitimidad constitucional de las leyes y las perspectivas de su superación.

Retomar hoy el tema del acceso a la justicia constitucional no puede configurarse como una continuación del trabajo realizado en 1999 y profundizado en 2006; por el

contrario, debe ser una tentativa de ir más allá, verificando las novedades que efectivamente se han realizado.

La primera novedad probablemente es también la más importante: la Corte Constitucional en su sentencia n. 1 de 2014, afirmó la posibilidad de control de la legislación electoral, iluminando así una de las más importantes zonas de sombra del juicio de legitimidad constitucional. Hasta entonces la opinión común era en el sentido de que no había instrumentos y técnicas que pudieran someter a un proceso constitucional una cuestión de legitimidad constitucional en tema de legislación electoral en sentido estricto o bien de legislación que tenía por objeto la transformación de los votos en escaños, al faltar en este caso, el acceso en la vía incidental (¿cuál sería el juez y durante cuál juicio podría juzgarse sobre la legislación electoral, puesto que el juicio en tema de regularidad de las operaciones electorales estaba reservado al Parlamento según el art. 66 de la Constitución?) así como tendencialmente el acceso mediante un juicio en la vía principal (las Regiones y las Provincias autónomas difícilmente podrían demostrar su interés para impugnar una ley electoral estatal y difícilmente un defecto de esta última podría reflejarse en las competencias regionales).²⁸

En el caso de la sentencia n. 1 de 2014, la cuestión de legitimidad constitucional fue objeto del juicio de la Corte, lo que podría permitir un primer tímido ingreso a un recurso directo bajo la forma de la tutela de un derecho a leyes conformes a la Constitución, que podría ejercitarse en la vía ordinaria (en efecto no hay mucha diferencia entre la violación de un complejo de posiciones constitucio-

²⁸ Al respecto y en particular en tema los espacios que podrían abrirse cf. A. Pertici, E. Rossi, *La possibilità di impugnare la nuova legge elettorale alla Corte costituzionale e gli effetti della sua eventuale sospensione*, en www.forumcostituzionale.it.

nales relacionadas con la libertad de voto y la violación de cualquier otro derecho constitucional).

La Corte Constitucional reconoció la relevancia de la cuestión de legitimidad constitucional en base de un supuesto procesal excepcional: en primera instancia, las administraciones que iniciaron el juicio habían opuesto la excepción de falta de legitimación y de interés de un ciudadano con referencia a la libertad de voto. Esta excepción había sido rechazada por el juez y dichas administraciones no habían interpuesto apelación sobre este punto, determinando al respecto la formación de un juzgado al interior del juicio que permitió al juez de apelación de promover una cuestión de legitimidad constitucional, no porque efectivamente existía una situación substancial para la cual tal cuestión podía tener relevancia, sino únicamente porque la formación del juzgado había creado una verdadera norma, como siempre ocurre con todos los juzgados, que forman una regla jurídica según el dicho: "*transforman el blanco en negro y lo cuadrado en redondo*" (*faciunt de albo nigris et aequat quadrata rotundis*).

No es fácil suponer si el desarrollo de la jurisprudencia constitucional seguirá este primer tímido ingreso que acabamos de recordar (como parecería entreverse en otras sentencias sucesivas como la n. 110 de 2015) o bien se detendrá. En los próximos días, la Corte se pronunciará sobre una cuestión bastante parecida substancialmente, pero promovida por un juez de primera instancia. En un origen, su decisión era prevista para el 4 de octubre de 2016, pero fue postergada por motivo del *referéndum* constitucional del 4 de diciembre de ese año.

Por otra parte, el juicio preventivo sobre las leyes electorales para el Parlamento previsto por la reforma constitucional rechazada en ese referéndum, probablemente

respondía a la voluntad de superar los problemas que casos como los que acabamos de recordar, ponen también desde el punto de vista del acceso a la justicia.

Si bien es cierto que esta modificación cambiaría de un modo muy importante el rol del juez constitucional y quizás, de la ley electoral, porque reconocería en cierta medida, el "*tono constitucional*" de la misma, remetiéndolo a la Corte la tarea —arriesgada desde el punto de vista de su papel— de actuar como árbitro en un conflicto constitucional entre mayoría y minorías, lo que siempre ha hecho considerar como inoportuno el recurso de las minorías parlamentarias a excepción de eventuales motivos relacionados al procedimiento.

Sin embargo, la estructura lógica del proceso constitucional no parece nacida para juzgar como árbitro de los conflictos interiores a la dialéctica política y la falta de un carácter prejudicial fuerte en tema de tutela de derechos fundamentales, podría generar situaciones de alta tensión en el sistema constitucional también mayores quizás de las que nacieron en el ámbito de juicios con un impacto político más grande. Sobre todo, podría preguntarse si en el momento en que el juicio en la vía incidental perdiese la característica de basarse en un supuesto prejudicial, aun tendría sentido excluir formas más lineares de acceso directo.