

EL ACCESO POR VIA INCIDENTAL EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA*

Luciana Pesole

Investigadora en Derecho Constitucional en la Universidad de Perugia,
teniendo asignada la cátedra de Justicia Constitucional en la Facultad de Derecho

RESUMEN

La Constitución italiana no contiene ninguna referencia a las modalidades de acceso a la Corte Constitucional, excepto lo preceptuado en su artículo 127. La opción a favor de la vía incidental es la base de la justicia constitucional en esa República, asunto que ha sido regulado en una ley de 1948. De lo expuesto resulta que la característica distintiva del control de legitimidad constitucional en el ordenamiento italiano se encuentra en el enganche procesal, lo cual significa que, en general, no es posible dirigirse directamente a la Corte para denunciar un vicio de inconstitucionalidad, pues resulta necesaria la intermediación de un juez. Esa es la vía incidental.

1. La Constitución italiana no contiene ninguna referencia a las modalidades de acceso a la Corte Constitucional, fuera de lo que dispone el art. 127, en relación a la impugnación de parte del Estado de las leyes regionales aprobadas pero no todavía promulgadas (impugnación, por ende, por vía directa y preventiva). El único dato que se obtiene del texto constitucional se refiere a la elección en favor de un control de tipo concentrado, con la creación de un órgano *ad hoc* (la Corte Constitucional, precisamente) expresamente destinado a controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. Debido a la falta de acuerdo sobre las modalidades de acceso a la Corte, la Asamblea Constituyente fue, de hecho, obligada a aplazar a un momento posterior cualquier decisión sobre la cuestión, limitándose a establecer en el texto constitucional que una ley constitucional fijaría las condiciones, las formas y los térmi-

nos de proponibilidad de los juicios de legitimidad constitucional (art. 137 inc. 1° Const.).

La opción en favor de la vía incidental, que constituye la base de la justicia constitucional italiana, se encuentra así contenida en la ley constitucional de 9 de febrero de 1948, N° 1, aprobada siempre por la Asamblea Constituyente, pero después de la entrada en vigor de la Constitución. El art. 1° de tal ley dispone que viene remitida a la Corte Constitucional la cuestión de legitimidad constitucional que surja en el curso de un juicio y no sea considerada por el juez como manifiestamente infundada. El cuadro normativo, sumariamente fijado por tal disciplina de rango constitucional, ha sido después puntualizado por el art. 23 de la ley (ordinaria) de 11 de marzo de 1953, N° 87, que ha fijado la posterior condición según la cual el juez debe dirigirse a la Corte cuando el juicio no puede “ser definido independientemente de la resolución de la cuestión de legitimidad constitucional”.

De este modo, la característica distintiva del control de legitimidad constitucional

* Traducción del italiano de Andrés Bordalí.

se encuentra en el enganche procesal por el que, en general, no es posible dirigirse directamente a la Corte para denunciar un posible vicio de inconstitucionalidad, sino que es necesaria la intermediación de un juez, el que puede (y debe) remitir a la Corte Constitucional las cuestiones de legitimidad constitucional concernientes a leyes (o actos que tengan fuerza de ley)¹ que sean necesarias para la resolución del juicio en curso.

La vía incidental no representa la única posibilidad contemplada en el sistema italiano, que reconoce también una forma de acceso directo a la Corte circunscrita al ámbito de las relaciones entre Estado y regiones. Junto a la impugnación estatal de las leyes regionales, que, como se ha dicho, es prevista en vía directa y preventiva por la Constitución misma en el art. 127, el art. 2° de la ley const. 1/1948 ha reconocido la expresa posibilidad para una región de denunciar, siempre en vía directa pero sucesiva, la inconstitucionalidad de leyes estatales (o de otra región) por invasión de la esfera de competencia “a ella asignada por la Constitución”. El derecho de acceder directamente a la Corte en sede de legitimidad constitucional es, por consiguiente, previsto exclusivamente para el Estado y las regiones. Estas, además, pueden impugnar una ley estatal (o de otra región) sólo cuando consideren que ha ocurrido una invasión de su propia esfera de competencia². Finalmente, la posibilidad de plantear una cuestión de legitimidad constitucional en vía directa está cir-

cunscrita también desde el punto de vista temporal: el recurso estatal puede ser deducido sólo antes de la entrada en vigor de la ley regional, y aquel regional está sujeto a precisas caducidades, ya sea cuando se dirige contra una ley estatal, o ya contra una ley regional³.

La forma de acceso directo prevista en el sistema italiano está, por consiguiente, claramente destinada a un ámbito particular, y privado de aquella naturaleza general que, por el contrario, se encuentra en el control incidental, donde no existe un límite temporal, donde puede ser denunciado cualquier vicio de inconstitucionalidad y, además, puede ser impugnada cualquier ley necesaria para la resolución del juicio en curso (independientemente del hecho que sea de proveniencia estatal o regional). Y probablemente es en razón de esta naturaleza general (gracias a la cual el juicio incidental viene a constituir el medio principal para asegurar la conformidad del Ordenamiento a la Constitución) que la activación del juicio constitucional por vía incidental no es disponible para los sujetos legitimados, a diferencia de lo que sucede respecto de los juicios por vía de acción: los jueces no son libres de elegir si pedir o no la intervención del juez constitucional, sino que, en el momento en que se presente una duda de constitucionalidad con referencia a una de las leyes que están por aplicar, deben suspender el juicio en curso para someter la cuestión a la Corte. En este caso, la duda de constitucionalidad nace con relación a la ley concretamente considerada, esto es, a la ley como acto que está por ser aplicado a los fines de la resolución de un caso concreto, mientras que en los juicios por vía de acción, las leyes se analizan tal como han sido abstractamente formuladas, sin que hayan todavía recibido alguna interpretación dirigida a su concreta aplicación⁴.

¹ En el ámbito de la justicia constitucional italiana el control de legitimidad constitucional puede tener por objeto leyes o actos que tengan fuerza de ley (del Estado o de las regiones), por lo que es dirigido y circunscrito sólo a las fuentes de rango primario.

² La impugnación de las leyes regionales por parte del Estado se encuentra prevista por el art. 127 Const. con referencia a la hipótesis en la que la región se haya excedido de la propia esfera de competencia, pero la jurisprudencia constitucional ha considerado posible para el Estado deducir cualquier vicio de inconstitucionalidad. De hecho, cuando el recurso proviene de parte del Estado no subsiste aquel límite que se ha destacado en relación al recurso regional.

³ Respectivamente 30 días y 60 días desde la publicación de la ley (art. 2. ley const. N° 1/1948).

⁴ Sobre las diferencias entre juicios por vía incidental y juicios por vía de acción, vid. por todos ZAGREBELSKY, G. *La Giustizia Costituzionale*, Bolonia, 1988, pp. 174 y 175.

El mecanismo incidental nace con esta connotación particular: está dirigido a asegurar la conformidad de las leyes a la Constitución y, por consiguiente, a satisfacer un interés general, pero supone el paso por un procedimiento relativo a intereses particulares, cuya satisfacción respecto a la resolución de la cuestión de legitimidad constitucional no es sino un efecto secundario⁵. En primer lugar viene puesta la exigencia de garantizar la constitucionalidad del ordenamiento legislativo, mientras que sólo consecuentemente y eventualmente viene considerada la tutela de los derechos de las partes del juicio del cual proviene la cuestión de legitimidad constitucional.

Las características que se han sumariamente indicado permiten afirmar que la forma de acceso que distingue a la justicia constitucional italiana, en lo que se refiere al control de legitimidad constitucional, es aquella por vía incidental, que es la más utilizada desde el punto de vista cuantitativo, pero también aquella cualitativamente más significativa e importante por su naturaleza tendencialmente general. Si, además, se considera que tal forma de acceso concierne a la competencia a la cual está mayormente ligado el nacimiento de la justicia constitucional, deriva de ello que el acceso por vía incidental no representa sólo el modo principal para activar el control de legitimidad constitucional, sino que puede ser calificado como el elemento central del sistema italiano.

La centralidad del juicio incidental, indicada por la doctrina como uno de los principios que caracterizan a la Corte Constitucional italiana⁶, se conecta a la precisa voluntad (observable en la elección efectuada, como se ha visto, por la Asamblea constituyente, rápidamente después de la aprobación del texto constitucional) de anclar la justicia constitucional a la lógica procesal, preservándola, así,

de una implicación demasiado directa en el ámbito de la política⁷.

Es probablemente esta la razón que ha llevado, en un contexto ya configurado como sistema de tipo concentrado, a optar por una modalidad de acceso que comporta la necesaria intermediación de un juez. La justicia constitucional en Italia está, por ende, fundada sobre un sistema "felizmente ambiguo"⁸, en el cual el control de legitimidad constitucional se coloca en el ámbito de los sistemas de tipo concentrado, pero de iniciativa difusa. La principal característica distintiva del mecanismo incidental vigente en Italia está precisamente en su naturaleza híbrida, en la cual concurren elementos típicos del modelo austríaco de tipo concentrado, como de aquel estadounidense de tipo difuso. El establecimiento de la inconstitucionalidad de una ley está confiado a un órgano expresamente instituido para ello y tiene naturaleza constitutiva (en el sentido que la ley declarada inconstitucional viene suprimida del Ordenamiento con efectos *erga omnes*), pero al mismo tiempo en el curso de un juicio (por vía incidental) y, por ello, tomando en consideración la ley al momento de su aplicación concreta.

De este modo, el control incidental, si bien dirigido en primer lugar (en cuanto control de tipo concentrado) a asegurar la constitucionalidad del Ordenamiento, asume también aquella naturaleza concreta que es típica de los sistemas de tipo difuso, donde, siendo confiada a cada juez la verificación de la conformidad de las leyes a la Constitución, la cuestión de legitimidad constitucional está siempre estrechamente conectada con la resolución de un caso concreto.

La doble naturaleza del mecanismo incidental es observable también en el plano de la iniciativa que concretamente determina la activación del mecanismo mismo. El art. 1 de la ley constitucional N° 1/1948 y el art. 23 ley N° 87/1953 reconocen el derecho a elevar la

⁵ Cfr. RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Turín, 2001, pág. 255.

⁶ Cfr. AZZARITI, G. *Forme e Soggetti della Democrazia Pluralista*, Turín, 2000, pág. 283 y sgtes.

⁷ En este sentido también CHELI, E. "Considerazioni Finali", en *Prospettive di Accesso alla Giustizia Costituzionale*, ANZON, A.; CARETTI, P.; GRASSI, S. (Editores), Turín, 2000, pág. 420.

⁸ BIANCHI, P.; MALFATTI, E. "L'Accesso in Via Incidentale", en *Prospettive di Accesso [...]*, op. cit., pág. 78.

cuestión de legitimidad constitucional a las partes del proceso en curso, que pueden dirigirse al juez a los fines que valore si existen las condiciones para remitir la cuestión a la Corte. Pero las mismas disposiciones establecen también que puede directamente el juez, de oficio, decidir dirigir a la Corte una cuestión de legitimidad constitucional. En la primera hipótesis, la duda de inconstitucionalidad estará más estrechamente ligada al interés de las partes y, por ende, a la resolución concreta del caso; en la segunda hipótesis, por el contrario, resultará prevalente el aspecto objetivo concerniente a la necesidad de salvaguardar la legitimidad del Ordenamiento⁹.

La presencia, en el ámbito del sistema italiano de tipo concentrado, de significativos elementos que son característicos del control difuso y, por tanto, de modelos de justicia constitucional caracterizados de un alto grado de concreción, es luego fácilmente observable en el momento en que se toma en consideración la verificación de la subsistencia de las condiciones necesarias, que debe ser realizada por el juez antes de deducir la cuestión ante la Corte. De acuerdo con lo establecido normativamente (siempre en los artículos 1 ley constitucional N° 1/1948 y 23 ley N° 87/1953), resulta que la cuestión de legitimidad constitucional debe referirse a una ley relevante para la definición del juicio pendiente y no debe ser manifiestamente infundada. Cualquier juez que quiera dirigirse a la Corte en sede de legitimidad constitucional debe antes establecer si concurren los requisitos de la relevancia y de la no manifiesta falta de fundamento.

El requisito de la no manifiesta falta de fundamento prescribe que la cuestión no puede ser deducida, desde el momento en que es abiertamente carente de cualquier fundamento. En todos los otros casos, el juez es obligado a suspender el juicio y a pedir a la Corte Constitucional la solución de la cuestión. Teóricamente, por lo tanto, basta que el juez ten-

ga una mínima duda sobre la legitimidad constitucional de la ley que está por aplicar para aparecer legitimado activamente para dirigirse a la Corte. En el funcionamiento concreto del sistema parece sin embargo prevalecer la tendencia de parte de los jueces a activar el juicio incidental cuando están convencidos de la inconstitucionalidad de la ley¹⁰. Pero, prescindiendo de los problemas conexos al modo en que debe entenderse la valoración que el juez es llamado a cumplir sobre la no manifiesta falta de fundamento, lo que nos interesa destacar concierne al dato irrefutable de que estamos frente al desarrollo de una tarea seguramente asimilable al control de tipo difuso. A los jueces, como sea, se les solicita una valoración sobre la conformidad o no de la ley respecto a la Constitución, aunque luego no son ellos los llamados a resolver la eventual cuestión de inconstitucionalidad, para lo que es necesario a tal fin la intervención de la Corte Constitucional. Una valoración implícita de la legitimidad constitucional de una ley es, luego, observable todas las veces en que los jueces aplican una normativa legislativa sin remitir alguna cuestión a la Corte. La aplicación de una ley al proceso en curso subyace necesariamente la convicción que se trata de una ley conforme a las prescripciones constitucionales. Todo esto es para demostrar que, análogamente con lo que sucede en los sistemas de tipo difuso, también en el caso del control incidental vigente en Italia, los jueces son llamados a desarrollar una función determinante al fin de asegurar la legalidad constitucional del Ordenamiento. No son ellos los que deben decidir, pero depende de ellos la activación de aquel procedimiento que consiente en someter a la Corte Constitucional las leyes de dudosa constitucionalidad. El momento más significativo del modo en que son llamados a colaborar en la solución de las cuestiones de legitimidad constitucional es precisamente el de la determinación de la no manifiesta falta de fundamento, que implica necesariamente (sea también de manera no resolutive) una valora-

⁹ Cfr. RUGGERI, A.; SPADARO, A. *op. cit.*, pp. 238 y 239.

¹⁰ Cfr. *ibid.*, pág. 267 y sgtes.

ción sobre la constitucionalidad o no de la disposición de ley que está por ser aplicada.

En lo que concierne al otro requisito que condiciona la posibilidad de deducir la cuestión delante a la Corte (la relevancia de la cuestión misma), éste se conecta estrechamente al carácter incidental y concreto del modo de acceso que se está analizando. El juez *a quo* (aquel del cual proviene la cuestión de legitimidad constitucional) no puede impugnar por inconstitucional cualquiera ley, sino que debe necesariamente ponerse el problema de la conformidad a la Constitución respecto de aquellas leyes que sirven para la definición del juicio en curso. Las dudas de legitimidad constitucional que van dirigidas a la Corte deben referirse a una disposición de ley que está por ser aplicada (o que, como sea, es susceptible de ser utilizada) para la solución del caso concreto que ha dado lugar al proceso en curso. Bajo este perfil, es evidente la conexión entre la condición de relevancia y el control incidental: precisamente porque la cuestión debe surgir en el curso de un juicio, no puede sino considerar disposiciones que influyen sobre la solución del juicio. La relevancia, además, pone en evidencia el carácter concreto del control incidental (en el sentido que es un control de legitimidad constitucional estrechamente inherente a la definición de un caso concreto), ulterior elemento que acerca el modelo incidental a los sistemas de tipo difuso.

2. Las características que hasta aquí han sido rápidamente indicadas permiten exponer los aspectos esenciales del control incidental en vigor en la justicia constitucional italiana, pero, a los fines de una valoración crítica, deben ser necesariamente confrontados con aquello que ha sido, en el curso del tiempo, el funcionamiento efectivo del sistema.

Si se pone atención sobre el modo en que concretamente se ha desarrollado y afirmado el control incidental en los últimos años, el dato que emerge más frecuentemente de los análisis doctrinales consiste en el progresivo aumento del grado de concreción¹¹, destacable sobre

todo con relación a la valoración de la relevancia de la cuestión realizada por el juez *a quo*, y al correspondiente control que viene efectuado sobre el punto por la Corte Constitucional.

Esto determina una segura valoración de los elementos de tipo difuso que son encontrables en el mecanismo incidental, según una tendencia que caracteriza también a otros países europeos, como España y Alemania.

La Corte Constitucional italiana progresivamente ha pretendido de parte de los jueces un control siempre más puntual de la relevancia. Si esto ha determinado un control de la Corte sobre el juicio de relevancia seguramente más penetrante respecto a sus inicios, al mismo tiempo ha también llamado a los jueces a colaborar de modo más activo en la determinación de la cuestión de legitimidad constitucional. La situación que se ha venido a crear se distingue, así, por una relación colaborativa entre la Corte y los jueces, que asegura un equilibrado y eficiente funcionamiento del mecanismo incidental.

Se inserta, luego, en el ámbito de la misma tendencia, el hecho que la Corte decide ajustándose al derecho vivo, vale a decir, teniendo presente la interpretación de las leyes consolidada en el ámbito del Poder Judicial. Cuando el derecho vivo se ha formado, la Corte declara la inconstitucionalidad o no de una ley sobre la base de la interpretación afirmada por los jueces, mientras que antes se verificaba más frecuentemente la hipótesis de decisiones constitucionales adoptadas según la interpretación libremente dada por la Corte.

El fenómeno de las sentencias interpretativas, por las que la Corte resuelve la cuestión de legitimidad constitucional (en el sentido de su fundamentación o no) extrayendo de la disposición un significado normativo diverso de aquél enunciado del juez *a quo*, no

Processuali e la Logica del Giudizio Incidentale, Padua, 1984, pág. 247 y sgtes.) y encuentra hoy confirmación en los más recientes análisis doctrinales (DAL CANTO, F. "La Rilevanza e il Valore del Fatto nel Giudizio di Costituzionalità delle Leggi in Via Incidentale", en *Il Giudizio sulle Leggi e la sua "Diffusione". Verso un Controllo di Costituzionalità di Tipo Diffuso?*, *Atti del Seminario di Pisa, 25-26 Maggio 2001*, in corso di pubblicazione).

¹¹ La tendencia a una mayor concreción del mecanismo incidental ha sido revelada desde los inicios de los años '80 (LUCIANI, M. *Le Decisioni*

ha desaparecido, pero resulta circunscrito a las hipótesis en que el derecho viviente no se ha todavía formado o a aquéllas en que el mismo juez *a quo*, al plantear la cuestión, no se ha atenido al derecho viviente. En particular, cuando la Corte se encuentra en la situación de poder decidir con una sentencia interpretativa de rechazo (sentencia con que la cuestión viene declarada no fundada, pero con base en la interpretación dada por la Corte y no coincidente con aquella del juez *a quo*), en el ámbito del Poder Judicial prevalece después la tendencia a aplicar la disposición de ley en cuestión interpretándola según el significado indicado por la Corte, sobre todo cuando tal significado normativo viene indicado como el único conforme a la Constitución, y eso no obstante que la interpretación del juez constitucional no sea considerada vinculante¹². La Corte Constitucional, por consiguiente, tiende a ser extremadamente respetuosa del derecho vivo, pero al mismo tiempo también la interpretación que viene dada a veces por la Corte tiene una fuerte eficacia persuasiva respecto a los jueces. Se puede además afirmar que la Corte puede contribuir a la formación del derecho vivo, viniéndose así a colocar junto a la Corte de Casación en el desarrollo de la función nomofiláctica¹³. En tal circunstancia, la Corte Constitucional viene a asumir un rol similar a aquel que distingue a la Corte Suprema en los sistemas de tipo difuso.

¹² Sobre estos temas, véase últimamente LAMARQUE, E. "Il Seguito Giudiziario alle Decisione della Corte", en *Il Giudizio sulle Leggi e la sua "Diffusione"*, *op. cit.*, pág. 30 y sgtes. del manuscrito.

¹³ [La función nomofiláctica puede ser entendida, en términos generales, como aquella función de defensa o conservación de la ley. Uno de de los primeros autores que acuñó el término de nomofiláctica o nomofilaxis fue Piero Calamandrei en su obra *la Cassazione Civile*, Turín, 1920. Para un análisis más extenso sobre el significado de esta función, vid. en Italia TARUFFO, M. *Il Vertice Ambiguo. Saggi sulla Cassazione Civile*, Il Mulino, Bolonia, 1991, pág. 86 y sgtes. y en España, GUZMÁN FLUJA, V. *El Recurso de Casación Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 39 y sgtes." N. del T.]

También tal perfil es una ulterior demostración del espíritu colaborativo entre juez y Corte, sea en la determinación de la cuestión de legitimidad constitucional sea, más en particular, en el desarrollo de la actividad interpretativa. Todo esto determina una inevitable acentuación de los elementos de tipo difuso presentes en el control incidental y la consiguiente inclinación de la Corte a ser también juez del caso concreto, por lo que el juicio de legitimidad constitucional es siempre menos un juicio abstracto sobre la conformidad de las leyes a la Constitución y siempre más un juicio estrechamente conectado con el proceso principal que ha determinado el surgimiento de la cuestión de legitimidad constitucional (aunque manteniendo, obviamente, un componente de naturaleza objetiva, al cual se conecta la eficacia *erga omnes* de los pronunciamientos constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de la ley).

Según el juicio unánime de la doctrina, se ha verificado una concurrencia de factores (como el control más penetrante de la Corte sobre la relevancia, la creciente importancia de los hechos en la determinación de la cuestión de legitimidad constitucional, la referencia siempre más frecuente al derecho vivo, etc.) que ha dado lugar a una significativa elevación del grado de concreción del juicio incidental¹⁴.

Pero una reconstrucción completa de la configuración efectivamente asumida por el mecanismo incidental en la justicia constitucional italiana no puede quedar circunscrita al análisis de la relación entre Corte y jueces (que, como se ha visto, se ha establecido de manera tal de hacer mayormente concreto el control incidental), sino que impone también una inevitable referencia sobre la perspectiva legislativa. La primera consideración que surge de tal referencia es que la misma actitud de respeto asumida por los jueces con relación al derecho vivo se ha progresivamente afirmado de parte de la Corte también en relación al legislador. A partir de los años '80,

¹⁴ Véase el reciente análisis de DAL CANTO, F. "La Rilevanza e il Valore del Fatto [...]", *op. cit.*, pág. 1 y sgtes. del manuscrito.

han aumentado en modo significativo los pronunciamientos constitucionales que declararían inadmisibles una cuestión, porque resolverla sobre su mérito significaría invadir la esfera que ha sido reservada a las decisiones discrecionales del legislador. La Corte, al resolver las cuestiones de legitimidad constitucional, no puede invadir aquello que es el ámbito reservado a la discrecionalidad legislativa. Si en determinados casos los pronunciamientos de inconstitucionalidad no pueden sino producir efectos asimilables a aquellos legislativos, la Corte se impone una actitud de *self-restraint* (y, por ende, en lugar de decidir por la inconstitucionalidad declara la cuestión inadmisibles) cuando la declaración de ilegitimidad constitucional le impondría elegir entre más soluciones abstractamente posibles, según un esquema que es típico de la actividad legislativa¹⁵.

El fenómeno en cuestión, aunque habiéndose manifestado ya al inicio de los años '80, se ha luego acentuado en conexión con un factor posterior que ha contribuido de manera determinante a configurar, en sus características actuales, el control incidental. Se trata del despacho del trabajo atrasado, que ha realizado en un modo bastante significativo la jurisprudencia constitucional en el trienio

¹⁵ El caso más emblemático está representado por las sentencias constitucionales definidas como de naturaleza aditiva: se trata de aquellos pronunciamientos de inconstitucionalidad en los que la Corte visualiza el vicio de legitimidad constitucional en el hecho que la ley contiene una omisión legislativa (esto es, no prevé una norma que, para ser conforme a la Constitución, habría debido preveer). La Corte se considera legitimada para pronunciar una sentencia aditiva sólo cuando la laguna legislativa puede ser colmada obteniendo de tal sistema un significado normativo unívoco, por el que sólo agregando "aquella" norma resultaría sanado el vicio de inconstitucionalidad de la ley. Si, en cambio, los significados normativos en grado de colmar la laguna son más de uno (por lo que sería necesario realizar una elección discrecional, que pertenece necesariamente al legislador), entonces la Corte se autolimita: no resuelve sobre el mérito, pero declara inadmisibles la cuestión, para así no invadir la esfera reservada a la discrecionalidad legislativa.

1987-1989, gracias al cual las cuestiones de legitimidad constitucional son resueltas hoy con una rapidez mucho mayor que respecto al pasado¹⁶.

Para lograr el fin que se había fijado (aquel, precisamente, de despachar el trabajo atrasado para llegar a decidir de manera más oportuna), la Corte debió recurrir a una serie de instrumentos en grado de reducir en modo significativo los tiempos de decisión. La enorme carga de juicios pendientes podía ser eliminada sólo recurriendo a nuevos instrumentos decisorios y a una diversa organización de los trabajos¹⁷. De este modo, ha prevalecido la tendencia de aumentar las cuestiones decididas directamente en *Camera di Consiglio* (sin recurrir a la audiencia pública), a interpretar en un modo más elástico las reglas procesales, a declarar inadmisibles numerosas cuestiones (muchas de las cuales dependen, o de una determinación del *thema decidendum* no suficientemente precisada de parte de los jueces *a quibus*, o del riesgo de invadir la discrecionalidad legislativa). Los cambios inducidos por la necesidad de despachar el trabajo atrasado no han sido abandonados una vez que se logró el objetivo. Las tendencias producidas a partir de tal necesidad continúan caracterizando hasta ahora la jurisprudencia constitucional y esto ha permitido el mantenimiento de una suficiente oportunidad en la resolución de las cuestiones.

El cambio determinado por el despacho del trabajo atrasado ha naturalmente incidido sobre el rol institucional de la Corte, que se encuentra hoy en día en la situación de

¹⁶ Hoy, como promedio, una cuestión de legitimidad constitucional viene resuelta dentro de un período que va de los cuatro a los seis meses desde el depósito en la Secretaría de la ordenanza de remisión del juez *a quo*. Antes del despacho del trabajo atrasado, por el contrario, para tener el pronunciamiento de la Corte se necesitaba esperar entre tres a cinco años. Sobre este punto, véase, R. "Il Giudizio di Costituzionalità delle Leggi in Via Incidentale", en *Aggiornamenti in Tema di Processo Costituzionale (1996-1998)*, Romboli, R. (editor), Turín, 1999, pág. 203 y sgtes.

¹⁷ Sobre estos temas, véase siempre ROMBOLI, R., *op. cit.*

decidir sobre cuestiones relacionadas con leyes aprobadas en tiempos relativamente recientes. La situación que se ha venido a crear ha acentuado el rol (también) político de la Corte, que la ha llevado a un uso más discrecional de los propios instrumentos decisorios.

Las dos características que mayormente configuran el control incidental son, de este modo, hoy identificables con la acentuación de su carácter concreto y en el más sobresaliente rol político de la Corte.

De una mirada de conjunto del mecanismo incidental (considerado en aquello que es su concreto funcionamiento) emerge una actitud de la Corte más severa respecto al pasado en la admisión de las cuestiones de legitimidad constitucional (y a menudo es precisamente a tal fin que los instrumentos decisorios son utilizados de modo más discrecional y las reglas procesales son interpretadas en un modo más elástico). La Corte, si bien por una parte se autolimita frente al derecho vivo y a la discrecionalidad del legislador, de otra parte exige de los jueces una precisa determinación de la cuestión, comprometiéndoles así de un modo más activo en el desarrollo del control incidental. Es ahora ya lejana la fase inicial, en que la necesidad de adecuar la vieja legislación fascista al nuevo ordenamiento constitucional, imponía la tendencia a admitir al examen sobre el mérito el mayor número posible de cuestiones. La situación actual empuja a la Corte a asumir una actitud más selectiva (ulterior elemento que le garantiza el no encontrarse nuevamente cargada de una gran mole de trabajo pendiente).

En definitiva, el mecanismo incidental ha dado buena prueba de sí mismo. Según el juicio compartido por la mayor parte de la doctrina, el sector más significativo de la justicia constitucional italiana ha asumido una configuración precisa que permite valorarlo en modo sustancialmente positivo, también gracias al delicado equilibrio alcanzado por la Corte en la relación con los jueces, por una parte, y con el legislador, por otra.

3. Esto naturalmente no significa que el juicio incidental esté privado de puntos débiles. En particular es innegable que, en un sistema de justicia constitucional que no prevé mecanismos de acceso directo (si se excluye el

ámbito particular y circunscrito de los juicios por vía de acción previstos para el Estado y regiones, a lo que se ha hecho referencia al inicio), subordinar la verificación de la constitucionalidad de una ley a su utilización en el curso de un juicio significa sustraer al control de legitimidad constitucional todas aquellas leyes de por sí no susceptibles de ser aplicadas en sede jurisdiccional¹⁸. Se piensa en las leyes que son definidas como autoaplicativas, precisamente porque reciben actuación sin necesidad de aplicación judicial, como son las leyes de acción, que, a diferencia de las leyes de relación, no inciden de modo directo sobre las relaciones intersubjetivas, pero que consideran la organización de los poderes públicos (es el caso de las leyes electorales, de las leyes de gasto y de las leyes que preveen nuevas estructuras públicas). Posteriores aspectos problemáticos se encuentran, además, en relación a aquellas leyes que serían teóricamente aplicables en el curso de un juicio, pero que, por su naturaleza temporal, arriesgan sustraerse a cualquier utilización en sede judicial y, por consiguiente, a cualquier verificación de su constitucionalidad¹⁹.

¹⁸ Sobre los problemas relativos a los límites estructurales del control incidental, véase por todos ZAGREBELSKY, G. *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., pp. 225 y 226. Se trata de problemas, entre otros, posteriormente agravados por el hecho que no es tampoco posible, por regla general, impugnar una ley, de otro modo que por vía incidental, deduciendo un conflicto de competencia ante la Corte, desde el momento que la misma jurisprudencia constitucional ha indicado al control incidental como la forma de acceso a utilizar con respecto a leyes y actos que tienen fuerza de ley (sent. N° 406/1989). Sobre el punto, también, la sucesiva sentencia N° 161/1995 ha reconocido que, frente a hipótesis que no consienten utilizar la vía incidental, es posible admitir el uso del instrumento conflictual (obviamente cuando concurren los presupuestos a tal fin necesarios) para someter al control de la Corte una ley o un acto que tiene fuerza de ley.

¹⁹ Los riesgos ligados a la naturaleza temporal de algunos de los actos normativos susceptibles de control de constitucionalidad, hasta hace pocos años, se evidenciaban sobre todo con referencia a los decretos leyes (actos que tienen fuerza de ley que, en los términos del art. 77 Const., pueden ser adoptados por el Gobierno en casos extraordina-

La doctrina repetidamente se ha interrogado sobre la oportunidad de colmar las inevitables lagunas ligadas al mecanismo incidental, introduciendo nuevas formas de acceso. En particular, desde hace poco, el debate se ha intensificado después de la presentación del proyecto de modificación constitucional de parte de la Comisión bicameral para las reformas institucionales, expresamente instituida en el año 1997²⁰. Tal proyecto, que ha suscitado en referencia a la justicia constitucional más críticas que consensos, preveía expresamente la introducción, para la tutela de los derechos fundamentales, del recurso directo de los individuos y de las minorías parlamentarias²¹,

rios de necesidad y urgencia y deben, después, ser convertidos en ley por el Parlamento dentro de sesenta días, de otro modo decaen perdiendo eficacia desde el inicio). La jurisprudencia constitucional, también, ha intervenido en la materia con diversas sentencias (en particular se hace referencia a la sentencia N° 29/1995 y a las sentencias números 84 y 360 de 1996), fijando los principios que han aumentado en modo significativo la posibilidad de desarrollar el control de constitucionalidad sobre los decretos leyes.

²⁰ Con la ley constitucional de 24 de enero de 1997, N° 1, fue instituida la Comisión bicameral para la reforma institucional, con la tarea de redactar un proyecto de reforma de la segunda parte de la Constitución. Tal proyecto fue aprobado el 30 de junio de 1997 y, a continuación de las enmiendas presentadas por las Cámaras, vuelto a aprobar parcialmente modificado el 30 de noviembre del mismo año, pero sin llegar a buen fin, a causa de la insuperable fractura que en el entretiem po se había creado entre los dos principales grupos políticos.

²¹ El proyecto (art. 59) preveía también la introducción del recurso directo de comunas y provincias para la impugnación de una ley (o acto con fuerza de ley) estatal o regional invasoras de su competencia. Se trataba de una competencia constitucional integrativa del actual juicio en vía de acción, que ha suscitado diversas perplejidades en la doctrina, sea por la excesiva carga de trabajo que habría comportado en el ámbito de los juicios de legitimidad constitucional, sea por la baja del tono constitucional de las controversias sometidas al juicio de la Corte, que habría determinado. Sobre el punto, véanse las intervenciones de ANZON, A. y GROPPÌ, T., en ROMBOLI, R.; ROSSI, E.; TARCHI, R. *La Corte Costituzionale nei Lavori della Commissione Bicamerale*, Dal Canto, F. (editor), Turín, 1998, respectivamente pág. 72 y 73 y sgtes., además, AZZARITI, G. *Forme e Soggetti della Democrazia Pluralista*, op. cit., pág. 291.

reenviando, de otra parte, a una futura ley constitucional la específica disciplina de los dos institutos (arts. 134 i) y 137, inc. 2° Const.).

El hecho mismo que las dos nuevas formas de acceso a la Corte hayan sido previstas de un modo algo vago e indefinido ha suscitado diversas perplejidades en la doctrina. El reenvío a una sucesiva fuente constitucional de la puntualización de las modalidades con que permitir el recurso a la Corte de los individuos y de una minoría parlamentaria ha sido considerado expresión de una profunda incerteza²² (sobre todo con relación al impacto institucional que sería producido por ciertas innovaciones constitucionales).

El recurso de las minorías parlamentarias, ya de por sí destinado a tener repercusiones perturbadoras sobre la relación entre mayoría y oposición²³, ha sido valorado en términos prevalentemente negativos, sea por la implicación directa de la Corte Constitucional en el ámbito de la política, sea por el hecho de haber sido previsto para la tutela de los derechos fundamentales y no (como habría sido seguramente más oportuno) para la tutela específica de los derechos de las minorías parlamentarias²⁴.

Igualmente críticas han sido las consideraciones formuladas en los términos del recurso directo de los individuos (siempre para la tutela de los derechos fundamentales y en los términos de los poderes públicos) previsto del proyecto de la Comisión parlamentaria, no obstante que se trate de una ins-

²² Cfr. GRASSI, S. "Introduzione", en *Prospettive di Accesso* [...], op. cit., pág. 6.

²³ Es esta una de las críticas que tradicionalmente se dirigen contra el instituto del recurso constitucional de las minorías parlamentarias, sobre el punto, vid. DURANTI, F. "Il Ricorso delle Minoranze Parlamentari alla Corte Costituzionale", en *Quale Riforma della Costituzione?*, Azzariti, G. (ed.), Turín, 1999, pág. 189.

²⁴ En este sentido las intervenciones de ANGIOLINI, V.; AZZARITI, G.; ROMBOLI, R. y PINNA, P. en ROMBOLI, R.; ROSSI, E.; TARCHI, R. *La Corte Costituzionale nei Lavori della Commissione Bicamerale* [...], op. cit., respectivamente pág. 64, 69 y sgtes., 72 y 77.

titución cuya introducción desde muchas partes se aconseja²⁵.

Las valoraciones negativas formuladas por la doctrina conciernen sobre todo a dos aspectos²⁶. Se teme un excesivo gravamen en el trabajo de la Corte, que naturalmente repercutiría en términos negativos sobre la eficiencia de su funcionamiento (a la luz de las experiencias extranjeras, se tiene conciencia que donde se introduce el recurso directo de los individuos tiende a representar, desde el punto de vista cuantitativo, el principal modo de acceso en sede de juicio constitucional). Además, se mira con desconfianza a un instituto que probablemente cambiaría el modo de operar y, por tanto, el rol institucional de la Corte, que terminaría dedicada más a la defensa de los derechos de los ciudadanos que a garantizar la legalidad constitucional, con el consiguiente riesgo de acentuar en la Corte la tendencia a desarrollar una función más activa y más autónoma en el indicar los valores del sistema y, por ende, también más definida en sentido político.

Se considera, luego, que un recurso directo de los individuos, proyectable (según el proyecto de la Comisión bicameral) en el ámbito de los poderes públicos (y, por consiguiente, previsible también en relación a los jueces) y destinado a incidir sobre una realidad hasta ahora centrada sobre el mecanismo incidental, tendría seguramente un impacto bastante negativo en la relación entre la Corte y los jueces. Estos pasarían de introductores necesarios de la cuestión de legitimidad constitucional a principales imputados de la lesión de derechos constitucionales (es, de hecho, previsible que muchos de los recursos serían dirigidos precisamente contra las decisiones jurisdiccionales, con la

ulterior consecuencia negativa de hacer del juicio constitucional una suerte de juicio de apelación)²⁷.

Esto demuestra claramente cómo no se puede prescindir de una valoración concreta del contexto institucional en el que vendría a insertarse el recurso directo. Es necesario considerar que los sistemas de recurso directo individual en vigor se distinguen entre sí desde múltiples puntos de vista (el sujeto legitimado, el órgano al cual es dirigido el recurso, el objeto tutelado, el acto impugnabile)²⁸. Existe, también, un aspecto que es común a muchos ordenamientos y, en particular, a los dos principales modelos europeos (la *Verfassungsbeschwerde* alemana y el amparo español): el carácter de la subsidiariedad, por el que el recurso directo es utilizable sólo cuando no son utilizables las otras formas de tutela previstas por el Ordenamiento, como *extrema ratio* a reservar para las hipótesis en que han sido ya recorridas todas las otras vías o, como sea, no es posible recorrer ninguna otra²⁹.

²⁷ Véanse sobre el punto las consideraciones de ROMBOLI, R. "Ampliamento del Accesso alla Corte Costituzionale e Introduzione di un Ricorso Diretto a Tutela dei Diritti Fondamentali", en *Prospettive di Accesso [...]*, *op. cit.*, pp. 640 y 641, quien evidencia cómo en Italia se está siguiendo un camino inverso respecto a aquel que se está desarrollando en España, donde, después de la desconfianza inicial en los términos de una magistratura que se había formado bajo el precedente régimen político, se intenta hoy valorar su rol para contener la utilización excesiva del recurso de amparo (en Italia, por el contrario, proponiendo la introducción del recurso directo nos estamos moviendo en una dirección que lleva a reducir el rol de los jueces en el ámbito del control de legitimidad constitucional).

²⁸ Vid. la panorámica expuesta por PANIZZA, S., *op. cit.*, pág. 100 y sgtes.

²⁹ En lo que se refiere al ordenamiento alemán y español, vid. LUTHER, J. "La Giustizia Costituzionale nella Repubblica Federale di Germania, en *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, LUTHER, J.; ROMBOLI, R.; TARCHI, R., Turín, 2000, vol. I, pág. 191 y ROMBOLI, R.; TARCHI, R. "La Giustizia Costituzionale in Spagna", *op. cit.*, vol. II, pág. 364 y sgtes.

²⁵ Vid. en tal sentido, por ejemplo, la posición de ANZON, A. y DE PINNA, P. en ROMBOLI, R.; ROSSI, E.; TARCHI, R. *La Corte Costituzionale nei Lavori della Commissione Bicamerale [...]*, *op. cit.*, respectivamente pág. 61 y sgtes. y 76 y sgtes.

²⁶ Cfr. GRASSI, S., *op. cit.*, pág. 7; PANIZZA, S. "Il Ricorso Diretto dei Singoli" en *Prospettive di Accesso [...]*, *op. cit.*, pág. 116; AZZARITI, G. *Forme e Soggetti della Democrazia Pluralista*, *op. cit.*, pág. 289.

En virtud de los mismos presupuestos, debería ser evaluada la introducción también en Italia del recurso directo a la Corte Constitucional. La posición probablemente más correcta podría consistir no tanto en la exclusión *a priori* de cualquier forma de acceso directo, sino en la predisposición de límites precisos, que contengan el impacto del instituto en el sistema. Por consiguiente, podría ser oportuno, por ejemplo, reconocer la posibilidad de recurrir a la Corte Constitucional, no sólo en aquellos casos en los que no es posible utilizar la vía incidental, sino también circunscribiendo la impugnación sólo a las leyes (y actos que tienen fuerza de ley), con exclusión, por ende, de los actos jurisdiccionales³⁰. De este modo, no se verificaría aquel deterioro de la relación entre jueces y Corte al que se ha hecho alusión, y el recurso directo sería introducido en el sistema con un significado meramente integrativo (y no sustitutivo) del control incidental.

Pero existe una posterior posibilidad a tener presente en el momento en que se afronta el problema de las lagunas ínsitas en el mecanismo incidental, que es aquella hasta hoy útilmente seguida por la Corte Constitucional. Los espacios sustraídos al control de constitucionalidad pueden ser colmados no necesariamente pasando de la introducción *ex novo* de ulteriores formas de acceso, sino simplemente recurriendo (también) al potenciamiento de los medios y de los presupuestos ya previstos en el sistema³¹.

Esto podría querer decir ampliar la noción de juez *a quo*, de modo de reconocer legitimados para deducir la cuestión de legitimidad constitucional, también a sujetos que no son propiamente jueces³². Después, se

podría pensar en extender el ámbito de los actos sometibles al control de legitimidad constitucional, entendiendo la noción de acto con fuerza de ley en sentido sustancial (y no meramente formal), de modo de incluir también aquellos actos normativos secundarios que, de hecho, incidan en un nivel primario³³. Una posterior forma de ampliación podría considerar la integración del contradictorio, para permitir la participación en el juicio constitucional de aquellos sujetos que no son partes del proceso *a quo*, pero que, no obstante, se encuentran directamente implicados en la solución de la cuestión de legitimidad constitucional³⁴. En fin, la Corte podría hacer mayor uso de los instrumentos procesales ya previstos por el sistema, utilizándolos de modo más elástico (obviamente con el fin de incrementar los ámbitos sometidos al control constitucional)³⁵.

tos del Gobierno, reconocida legitimada como juez *a quo* con la conocida sentencia N° 226/1976, que ha permitido la sumisión al control de legitimidad constitucional de una serie de actos hasta entonces sustraídos a cualquier control constitucional. Entran en tal hipótesis todos aquellos casos en que la Corte ha atribuido la calificación de juez "a los limitados fines" de la remisión por vía incidental de la cuestión de legitimidad constitucional.

³³ Es el caso, en particular, de los reglamentos gubernativos delegados e independientes.

³⁴ El juicio incidental viene definido como juicio "sin partes necesarias" (o "con partes eventuales"), en cuanto pueden (pero no deben) constituirse sólo las partes del juicio principal. Esto, no obstante que hayan existido casos (aunque también esporádicos) en que la Corte ha considerado oportuno extender el contradictorio a sujetos extraños al juicio *a quo*, pero cuya posición podría ser irremediabilmente perjudicada si se acoge la cuestión de ilegitimidad constitucional (véanse, por ejemplo, las sentencias número 429/1991 y 314/1992).

³⁵ Un ejemplo podría estar representado por la ilegitimidad consecencial, prevista por el artículo 27 ley N° 87/1953, que consiente en prolongar el control de constitucionalidad más allá del *thema decidendum* fijado por el juez *a quo*, para así poder eventualmente extender la declaración de inconstitucionalidad a disposiciones legislativas de cualquier modo conexas con aquella que ha dado lugar a la cuestión de legitimidad constitucional.

³⁰ Cfr. ROMBOLI, R. "Ampliamento del Accesso alla Corte Costituzionale [...]", *op. cit.*, pág. 642.

³¹ En este sentido ROMBOLI, R. *op. cit.* y AZZARITI, G. "Osservazioni sull' Accesso e sull' Estensione del Sindicato della Corte Costituzionale", en *Prospettive di Accesso [...]*, *op. cit.*, pág. 425 y sgtes.

³² Se trata de un expediente otras veces utilizado por la Corte. Basta por todos el ejemplo de la Corte de las Cuentas, en sede de control de los ac-

Se trataría, en definitiva, de reducir al mínimo las denominadas zonas francas del Ordenamiento, que se sustraen del control de legitimidad constitucional, para asegurar en el modo más amplio posible la conformidad de las leyes a la Constitución, pero evitando hacerlo con instrumentos que comprometerían el delicado equilibrio fatigosamente alcanzado. El control incidental, que constituye el punto central de la justicia constitucional italiana, como se ha visto, ha funcionado y funciona de un modo sustancialmente positivo. Esto explica la desconfianza de los constitu-

cionalistas en relación a la introducción de cambios que podrían resultar demasiado invasivos. Esto no significa precluir la posibilidad de cualquier cambio, sino antes bien estar abiertos sólo a aquellas innovaciones que permiten mejorar lo existente. Sea que se quieran introducir nuevas formas de acceso, sea que se quieran potenciar algunos de los mecanismos ya presentes en el sistema, no se puede, de cualquier modo, prescindir de los resultados hasta ahora alcanzados. Sólo de este modo es posible perfeccionar y no perjudicar el equilibrio del sistema.