



Consejo Editorial

Elena Malfatti
Gianluca Famiglietti
Ascensión Elvira Perales
Itziar Gómez Fernández
Giuseppe Campanelli
María Elena Attard
Haideer Miranda
Marcelo Labanca

Gorki Gonzales Mantilla
(Coordinador)

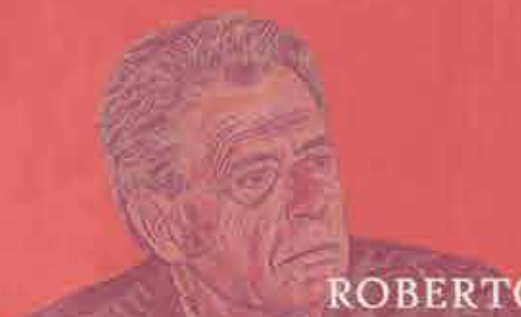
Pisa, Italia

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO II

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ



ROBERTO ROMBOLI

Roberto ROMBOLI (Pontedera, Pisa, 1950) es uno de los académicos más representativos del actual derecho constitucional italiano. Su sede natural es Pisa, la antigua universidad de Galileo, donde estudió y se desempeña como profesor Ordinario en las materias de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional. En esa misma casa de estudios ha desempeñado, en diversos momentos, los cargos de Director del Departamento de Derecho Público y Decano de la Facultad de Derecho y también ha sido Director del Centro interdepartamental de Bioética de la Universidad de Pisa. Ha sido además coordinador del doctorado en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. En 1996, por méritos didácticos y científicos, recibió la Orden del Querubín, el más alto honor de la Universidad de Pisa.

Roberto Romboli tiene una importante labor como editor de la sección de *Giurisprudenza costituzionale e civile* de la revista *Il Foro italiano*, y como director científico de la *Rivista di diritto costituzionale* de la cual ha sido uno de sus fundadores. Integra el comité directivo de las revistas *Giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionale* y *Questione giustizia*. Es parte del Consejo asesor de la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile y del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, CEPC, Madrid. Es miembro de la *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, de la *Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo* y de la *Associazione Gruppo di Pisa* de la que también fue uno de sus fundadores. Es miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro honorario de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

Varios de los trabajos de su considerable obra académica han sido traducidos y publicados en revistas de habla hispana. *Il giudice naturale. Studi sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981, un libro clásico e indispensable para el estudio de la independencia judicial, la imparcialidad y los problemas relacionados con la posición del juez en el ordenamiento constitucional, ha sido traducido al castellano y publicado bajo el título *El juez preconstituido por ley*, con el sello de la editorial Palestra (2005) y el auspicio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lo propio ha ocurrido con los trabajos que conforman el volumen *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*, editorial Palestra (2017). Su producción científica se extiende en el derecho constitucional y el derecho público y enfrenta los problemas más representativos de los derechos fundamentales, del sistema de las fuentes del derecho, de la justicia constitucional y de la función judicial. Roberto Romboli es el responsable científico e iniciador del "Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y Tutela de los derechos" cuya primera edición tuvo lugar en el año 2011 y se mantiene vigente hasta el presente (disponible en www.rocsaltaformazionepisa.it/).

En reconocimiento a su obra académica y la docencia ha recibido la distinción de profesor honorario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y también ha sido reconocido como doctor honoris causa en la Universidad Particular Ricardo Palma de Lima y en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

Escritos en honor al profesor Roberto Romboli



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO II



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección “Publicaciones”
Ernesto Blume Fortini (Director)

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE
Escritos en honor al profesor Roberto Romboli
Gorki Gonzales Mantilla (Coordinador)
Consejo Editorial: Elena Malfatti, Gianluca Famiglietti,
Ascensión Elvira Perales, Itziar Gómez Fernández,
Giuseppe Campanelli, María Elena Attard,
Haideer Miranda, Marcelo Labanca.

Primera Edición: Octubre 2021

Diseño de carátula: María José Gonzales Z

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-11541
ISBN O.C.: 978-612-4464-08-9
ISBN t.II : 978-612-4464-10-2

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Impreso en Perú

Tiraje: 50 ejemplares: Tomo I
50 ejemplares: Tomo II

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU**

Presidente

Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente

Augusto Ferrero Costa

Magistrados

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez (+)

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación

Luis R. Sáenz Dávalos

Contenido

IV

ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

UN CAFÉ, ESCENARIO PROPICIO PARA UNAS BREVES REFLEXIONES DIA- LÓGICAS ENTRE MAMA OCLLO Y EL PROFESOR ROBERTO ROMBOLI: LA ACCIÓN POPULAR EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	963
<i>María Elena Attard Bellido</i>	

LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DEL ESTADO DESDE UN ANÁLISIS HIS- TÓRICO-COMPARATIVO EN AMÉRICA LATINA.....	999
<i>Silvia Bagni</i>	

957

DEMOCRAZIA E “SINTOMATOLOGIA” COSTITUZIONALE: SPUNTI DAI PAESI MENA PER L’AMERICA LATINA.....	1035
<i>Michele Carducci</i>	

CARLO AZEGLIO CIAMPI, RAPPRESENTANTE DELL’UNITÀ NAZIONALE: IL PRESIDENTE DELL’ “ORIZZONTE COMUNE”	1055
<i>Paolo Caretti</i>	

COLLOQUIANDO... CON TRE DENSE PAGINETTE	1099
<i>Paolo Carnevale</i>	

“SOCIAL” DEMOCRACY?	1135
<i>Pasquale Costanzo</i>	

LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA ESPERANZAS Y DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL COMPARADO	1147
<i>Emanuele Corn</i>	

LA VACANCIA DE UN PRESIDENTE EN EL PERÚ DE HOY	1179
<i>Domingo García Belaunde</i>	

LA CONSTITUCIÓN COMO PACTO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL... <i>Luis López Guerra</i>	1205
LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA: ESPERANDO A GODOT.... <i>Augusto Martín de la Vega</i>	1231
“POLÍTICO” Y “JURISDICCIONAL” CIENTOS AÑOS DESPUÉS DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF (¿QUÉ QUEDA DE Kelsen?) <i>Lucio Pegoraro</i>	1265
SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN ESPECIAL SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA <i>Juan Manuel Sosa Saco</i>	1313
STATO DI DIRITTO E FUNZIONE REQUIRENTE IN ITALIA: UN UNICUM EUROPEO?..... <i>Giovanni Tarli Barbieri</i>	1349

V

JUECES, INDEPENDENCIA JUDICIAL
Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA
EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN LOS RÉGIMENES CONSTITUCIONALES DE NUESTROS DÍAS; SUS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN..... <i>Luis Aguiar de Luque</i>	1389
HANS Kelsen EL FUNDADOR DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... <i>Ernesto Blume Fortini</i>	1413
FORMAZIONE, SELEZIONE, RUOLO E ORGANIZZAZIONE LA COMPLESSA FIGURA DEL DIRIGENTE DELL'UFFICIO GIUDIZIARIO REQUIRENTE..... <i>Giuseppe Campanelli</i>	1445

LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO NEL DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE DEL SETTEMBRE 2020	1463
<i>Francesco Dal Canto</i>	
SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS FISCALES COMO OPERADORES DE JUSTICIA (A PROPÓSITO DE LA INAMOVILIDAD EN EL CARGO Y LA ESTABILIDAD LABORAL)	1493
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
LAS SENTENCIAS FUNDADORAS DEL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	1515
<i>Itziar Gómez Fernández</i>	
JUECES Y RATIFICACIÓN JUDICIAL EN EL PERÚ: LA PERSISTENCIA AUTORITARIA	1557
<i>Gorki Gonzales Mantilla</i>	
L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE E LE SUE CONDIZIONI	1597
<i>Massimo Luciani</i>	
EL DIÁLOGO JUDICIAL EN DERECHOS HUMANOS	1615
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
REPENSANDO EL PODER JUDICIAL UN HOMENAJE AL PROFESOR ROMBOLI	1639
<i>Giorgia Pavani</i>	
IL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI IN VIA INCIDENTALE TRA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NOVITÀ NORMATIVE	1677
<i>Andrea Pertici</i>	
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ¿INCLUSO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN? ...	1707
<i>Sabrina Ragone</i>	
LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CSM NEL “DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE” (AC 2861) UN PUZZLE DI DIFFICILE RICOMPOSIZIONE	1729
<i>Carmela Salazar</i>	

IV

ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Un café, escenario propicio para unas breves reflexiones dialógicas entre mama Oclo y el profesor Roberto Romboli:

La acción popular en el Estado Plurinacional de Bolivia

✉ MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO*

1. El humeante café negro, el primer sorbo y la narrativa sobre la construcción plural de derechos a la luz del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador

963

Mama Oclo, desde los tejidos de una *epistemología plural* frente a la atenta y circunspecta mirada del profesor Roberto, con una voz dulce pero al mismo tiempo firme, sostiene que pensar sobre las diversas teorías constitucionales desde Latinoamérica es el reto fundamental de una academia dialógica y plural; para este fin, señala que debe considerarse que la diferencia sustancial entre un constitucionalismo de corte monocultural y las narrativas de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos surge en *el discurso colonial*¹, ese que trata a los colonizados desde la *subalternización del otro*, puesto que la colonia en tiempos pasados y en la modernidad, recreó un imaginario sobre el mundo social del “subalterno”, entendido éste como cualquier sujeto subordinado en razón de su condición de clase, casta, etnia, género, orientación

* Docente en la Universidad Andina Simón Bolívar, la Universidad Mayor de San Simón, y la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia). Correo electrónico: malena_ab@hotmail.com.

1 ARAUJO JUNIOR, J.J. *Direitos Territoriais Indígenas. Uma interpretação intercultural*: Río de Janeiro, 2018, Editora processo, ISBN: 979-85-93741, pp 60-61.

sexual, u otra condición que marca la diferencia entre colonizadores y colonizados².

Luego de escuchar con atención a mama Oclo, el profesor Roberto, afirma que no pueden realizarse *transplantes* del pensamiento constitucional predominantemente euro-céntrico y monocultural a Latinoamérica, porque como ya se apuntó, el colonialismo es el punto de análisis crítico para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos; en este contexto, con convicción señala que el *giro decolonial* es el rasgo que debe ser considerado para la descripción de estas teorías del pensamiento constitucional latinoamericano. Luego de estas palabras, el tan célebre profesor Roberto, en una loable labor de *traducción y entendimiento*, observa el humeante café y escucha atentamente a mama Oclo.

Después del primer sorbo de su aromática bebida, digna de diosas, mama Oclo centra su relato en la idea de la *colonialidad del poder* desarrollada por Quijano, quien observa las relaciones de dominación entre colonizadores y colonizados, lo que genera jerarquizaciones epistémicas y, por ende, estructuras de dominación en el ámbito social, cultural, económico, político y jurídico³. Desde este enfoque, recuerda mama Oclo que Médici invoca un núcleo ético constitucional que debe ser comprendido a partir de la *opción decolonial*, entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y postcoloniales⁴; en este contexto, mama Oclo precisa

-
- 2 CASTRO-GOMEZ, S. *La poscolonialidad explicada a los niños*. En: SAAVEDRA, J.L. (comp.). *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 31. Ver también ARAUJO JUNIOR, J. Op. cit.; y, MENESES, M.P. *Ampliando las epistemologías del sur a partir de los saberes: Diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique*. Revista Andaluza de Antropología, n° 10, mar. 2016, p. 17.
 - 3 QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. [en línea], [Consulta: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: <https://marxismocritico.files.wordpress.com/2012/07/1161337413-anibal-quijano.pdf>, pp 201-246.
 - 4 MÉDICI, A. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. Otros Logos. Revista de Estudios Críticos. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad [en línea] Año I. Nor. 1 [Consulta: 16 de mayo de 2018]. Disponible en: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf>, pp 1-31.

que Medici, al cual admira mucho, señala que el mostrar las relaciones coloniales de poder va más allá del dominio económico, político, jurídico y administrativo, ya que estas se afincan también en una dimensión epistémica y cultural a partir de la cual, se asigna superioridad cognoscitiva a enunciados vistos sólo desde un universo y no un pluriverso, lo que implica silenciar y excluir otros saberes, otras culturas y otras formas diversas de ver y entender las realidades⁵.

Frente a la mirada impertérrita del profesor Roberto, mama Ocllo con voz elocuente señala que la propuesta de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, a la luz del giro decolonial, postulan superar toda relación de subalternización, para así, desde la voz de los históricamente oprimidos, como son los pueblos indígenas o las mujeres, y a partir de procesos de *traducción y entendimiento*, consagrar un modelo plural de justicia constitucional.

El profesor Roberto, luego de aspirar el aroma intenso de su negro café, solicita a su interlocutora que, desde el horizonte del giro decolonial y los lineamientos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, exponga los alcances de la acción popular diseñada por la Constitución boliviana de 2009 para la tutela de derechos transindividuales, entre ellos los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de la Pacha mama o Madre Tierra.

Mama Ocllo afirma que una de las venas de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos se manifiesta en el *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador*⁶, que nació con la Constitución democrática de 2009, la cual emergió de un proceso constituyente plural enmarcado en los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, tal como lo resaltan sus maestros Martínez Dalmau y Viciano Pastor ⁷, en

5 Ídem.

6 El Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, en el FJ III.1.1. Este mismo razonamiento fue asumido por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero. FJ III.1.

7 Los aspectos más importantes en cuanto a los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y la legitimidad de la Constitución democrática de 2009 pueden encontrarse en Martínez Dalmau (2014) y Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2010, 2011).

este escenario, afirma mama Ocllo, que los pueblos indígenas –históricamente oprimidos–, tuvieron una importante participación política en el proceso constituyente boliviano⁸.

Esta mítica mujer agrega que, en un escenario de diversidad cultural, el *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador* sustenta sus pilares esenciales en los principios de *plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización*. En ese contexto, la plurinacionalidad plantea una profunda desestructuración del Estado-Nación monocultural y más bien desde la pluralidad y diversidad cultural, en un Estado unitario, postula la construcción *dialógica* de estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas⁹.

Mama Ocllo afirma, también, que el pluralismo sustenta sus postulados en la diversidad cultural y en el concepto de plurinacionalidad como elemento de reconfiguración de las reglas estatales y sociales. En el caso boliviano, cuya historia refleja una sistemática exclusión de los pueblos indígenas de las estructuras sociales, políticas, económicas y jurídicas, este principio contenido en el artículo primero de la Constitución, fue consagrado en el texto supremo gracias a su participación política en el proceso constituyente boliviano, por lo que, desde esta visión, en el ámbito jurídico se proyectó un modelo de *pluralismo jurídico de tipo igualitario*, que deberá ser materializado a partir de profundos procesos

8 La Asamblea Constituyente se inauguró en agosto de 2006 y deliberó hasta diciembre de 2007. Posteriormente, la Constitución que reconoce a Bolivia como un Estado plurinacional fue aprobada mediante referendo constitucional el año 2009 (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013).

9 Sobre el principio de unidad en el contexto de la plurinacionalidad, véase Del Real Alcalá (2010).

Las características del Estado Nación fueron desarrolladas por Walsh. Ver Walsh, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala.

Por su parte, Ariza Santamaría, desarrolla los elementos esenciales de una *interculturalidad plurinacional*, cuya característica primordial es el *interrelacionamiento*. Ver Ariza Santamaría, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia* (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.

de *restitución territorial, reconstitución de instituciones ancestrales y mecanismos de igualdad*¹⁰.

En base a lo señalado por mama Oclo, el profesor Roberto, con su vasta experiencia en justicia constitucional, reafirma la narrativa de su interlocutora y precisa que en Latinoamérica, el pluralismo jurídico emerge especialmente de las voces de los pueblos indígenas y las construcciones de las teorías críticas del derecho, esas que históricamente estuvieron invisibilizadas por la academia europea¹¹.

10 El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2013b, pp. 24-25, nota 54), en su Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. n.º 040/2013, ha señalado que “desde la descolonización, el ‘trato igualitario’ por parte del Estado no es suficiente cuando este ‘trato’ no es coherente con la realidad ‘desigual’ de las naciones indígenas. En este sentido, una plurinacionalidad descolonizadora nos plantea la eliminación de las relaciones de dominación y desigualdad partiendo de la ‘reconstitución’, ‘restitución histórica’, ‘igualación’ y ‘auto-determinación’ de las naciones y pueblos indígenas. Desde esta perspectiva se cuestiona profundamente el ‘trato igual’ entre ‘desiguales’, que supone la mera coexistencia subordinada, paternalista y multiculturalista”. En este informe se señala también que, desde este proceso de restitución-reconstitución-igualación, se plantea una profunda autocrítica a los sistemas e instituciones estatales, que están anclados en la colonialidad, según la cual se asume que las decisiones vienen desde “arriba”. Contrario a esto, la descolonización nos establece que, además de la composición plural de poder, son las relaciones las que determinan el sentido de lo “plurinacional”, estableciendo para ello espacios de diálogo comunitario.

11 Wolkmer es uno de los principales expositores de las teorías críticas latinoamericanas del derecho. Este autor sostiene la necesidad de superar un *racionalismo lógico-instrumental* enmarcado en un positivismo jurídico en aras a una implementación plena de un *modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria*. Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA. Pp 19-21. Otro exponente importante es Correas. Ver Correas, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios* (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.

Otro autor relevante y exponente importante del pensamiento crítico con incidencia en Latinoamérica es De Sousa Santos. Ver De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer; y De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

Desde el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas, Yrigoyen Fajardo también es otro ícono latinoamericano del pensamiento jurídico crítico. Ver Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA. Ver también Yrigoyen Fajardo, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo

Mama Ocllo asiente frente a esta afirmación y luego de un suspiro señala que la Constitución democrática de 2009, al reconocer la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental e indígena originaria campesina¹²; y, al consagrar en el marco del bloque de constitucionalidad el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos al ejercicio de sus sistemas jurídicos y políticos propios¹³, asume un pluralismo jurídico de tipo igualitario, que a su vez resguarda un sistema plural de fuentes jurídicas, desde el cual, la ley de producción estatal no es la única fuente directa de derecho, sino también son fuente directa de derecho las normas, principios y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas¹⁴; y, la jurisprudencia constitucional a la luz del precedente en vigor y la doctrina del estándar jurisprudencial más alto¹⁵.

López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

Desde la teoría crítica del derecho también debe citarse a los siguientes autores: De la Torre Rangel, J. A. (2012). *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes; y, desde una transdisciplinariedad debe hacerse mención a: Rojo, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>, y a Sánchez Botero, E. (2003). *Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico*. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano "Justicia y Sociedad" de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf

- 12 El artículo 179.II de la Constitución boliviana establece: "La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía".
- 13 Este reconocimiento se encuentra contenido en el artículo 30.II.14, esa disposición señala de manera taxativa: "En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión".
- 14 Nótese que ya no se utiliza el concepto de usos y costumbres, ya que este término es propio de un pluralismo jurídico de tipo subordinado y no así de un pluralismo jurídico de tipo igualitario. En cuanto al pluralismo jurídico de tipo igualitario, ver Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf
- 15 La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre. Esta doctrina

Esta mujer que encarna las *otras narratividades*, afirma que el pluralismo jurídico de tipo igualitario y el sistema plural de fuentes jurídicas que conlleva, deben ser entendidos en el marco de la *interculturalidad* y del principio constitucional de *descolonización*¹⁶. En efecto, la interculturalidad, tal como afirma WALSH (2012)¹⁷, es una herramienta crítica para un proyecto histórico alternativo y el fundamento para el cambio de estructuras que superen visiones monoculturales, hegemónicas y colonialistas del Estado. En este marco, la interculturalidad, en un Estado Plurinacional, plantea procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación a través de políticas públicas plurales y mediante el fortalecimiento de estructuras estatales también con composición plural para materializar una real plurinacionalidad en un Estado unitario. En este escenario, la interculturalidad sustenta métodos *dialógicos* destinados a construir las diversas juridicidades, las políticas públicas y la

tiene fundamento en el principio de derecho internacional de los derechos humanos referente a la prohibición de regresividad, en este sentido, si el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado y reconocido un derecho de manera favorable y progresiva, en el futuro no puede cambiar su jurisprudencia, ya que esta mutación nunca llegará a ser precedente en vigor, sino un entendimiento aislado, por lo que el precedente en vigor y por tanto fuente directa de derecho con efecto vinculante, será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y progresiva. En este sentido, cuando existan entendimientos contradictorios del Tribunal Constitucional Plurinacional, las autoridades judiciales y administrativas están vinculadas al estándar más alto, es decir al entendimiento más favorable al derecho objeto de protección. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 2233/2014 de 16 de diciembre. FJ III.3.

- 16 Ver Tubino, F. (2005). *La interculturalidad crítica como proyecto ético-político*. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8DTICA%COMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>
- 17 En este texto, la autora afirma también que la labor de la interculturalidad como principio e instrumento crítico no es simplemente promover la relación entre grupos o sistemas culturales, sino partir de y hacer ver la diferencia colonial que ha negado la “existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas, originarios y campesinos y su dominio ancestral”. Continúa señalando que resaltar esta subjetividad colectiva jamás considerada y trabajar desde ella, fortaleciendo lo propio y las cosmovisiones con sus aspectos identitarios, espirituales, científicos, productivos, organizativos, territoriales y existenciales (no como una diferencia inconmovible o estática, sino como un posicionamiento estratégico de carácter decolonial y en pro de *suma qumamaña* –el vivir bien–), es lo que da la interculturalidad en sentido crítico, un sentido descolonizador.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional desde criterios de *complementariedad, reciprocidad, alteridad, reciprocidad, etc.*¹⁸.

Agrega mama Ocllo que éstos métodos dialógicos destinados a una complementariedad, relacionalidad, correspondencia y reciprocidad, plantean además la *deconstrucción* de estructuras sociales, políticas y jurídicas jerarquizadas y homogeneizantes y, más bien, desde los tejidos de la diversidad proponen a través de dichas metodologías dialógicas construcciones con enfoque de interculturalidad, para una real materialización de derechos, los cuales, desde la descolonización y la interculturalidad, deben ser contruidos pluralmente.

Luego de mirar el límpido cielo azul en lontananza y después de saborear su exótica bebida, frente a la atenta mirada del tan apreciado profesor Roberto, mama Ocllo, afirma que la construcción plural de derechos postula la aplicación de métodos dialógicos para la formulación de políticas públicas, normas y jurisprudencia, para que así, los derechos y sus interpretaciones, consignen la voz de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas o las mujeres, de manera tal que se superen visiones monoculturales y excluyentes.

Añade mama Ocllo que en esta lógica, Panikkar desarrolla el concepto de *entendimiento-traducción intercultural*¹⁹, el cual, sin duda, debe ser aplicado especialmente para entender a los derechos en un diálogo con el principio de universalidad, pero en el marco de consensos

18 La pachasofía se enmarca en la ética andina, cuyo fundamento es el orden cósmico, la relacionalidad universal de todo lo que existe, en el marco de los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad. Correspondencia, relacionalidad, complementariedad y reciprocidad se grafican: arriba-abajo, izquierda-derecha. En este espectro, el ser humano es el guardián del orden pachasófico y debe vivir en armonía con todo su entorno, por lo que desde esta visión, tal como lo señala Estermann (2009), la pachasofía plantea el siguiente principio ético: “Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo” (pp. 247 y 251).

19 Panikkar (1990) desarrolla la filosofía imparativa-dialógica, que conlleva el método de la hermenéutica diatópica, que debe utilizarse para superar la distancia entre dos o más culturas que se han desarrollado independientemente y en espacios distintos (*topoi*); en este marco, será esencial fortalecer procesos de entendimiento y traducción para el diálogo intercultural (pp. 90-91).

interculturales basados en diálogos interculturales que, desde la diversidad cultural, incidan en precedentes vinculantes a ser pronunciados por el Tribunal Constitucional Plurinacional y que contemplen la voz de los históricamente oprimidos en el marco de un control de constitucionalidad no exclusivamente vertical, sino dialógico²⁰.

El profesor Roberto, muy emocionado, interrumpe a su interlocutora y pregunta a mama Oclo si desde esta visión, el Tribunal Constitucional Plurinacional, para la construcción plural de derechos, debería consagrar procedimientos constitucionales interculturales, metodologías dialógicas, así como pautas interculturales de interpretación²¹. Mama Oclo, mientras trenza su negra cabellera al borde de la ventana, señala que estos aspectos serán la impronta de un sistema plural de control de constitucionalidad coherente con el paradigma del *suma qamaña* diseñado por la Constitución boliviana de 2009.

El profesor Roberto, emocionado con el relato, le pide a mama Oclo desarrollar los alcances del modelo constitucional boliviano y la tutela de derechos de los históricamente oprimidos. La mítica mujer indígena, luego de suspirar y clavar su mirada en el negro intenso de su

20 Un ejemplo de este tipo de interpretación de derechos con enfoque intercultural, se encuentra en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014. Si bien la SCP 1422/2012 es una sentencia fundadora que establece cuatro niveles de análisis del paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, la SCP 0778/2014 modula y simplifica dichos niveles y establece que el paradigma del vivir bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, en el marco de un diálogo intercultural, contiene los siguientes aspectos: 1) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con las normas y los procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías como al Tribunal Constitucional Plurinacional a resolver la problemática de acuerdo con métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como pueden ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que, en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales, y 2) el análisis de compatibilidad del acto o decisión, cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena-originario-campesinos.

21 Estas pautas interculturales de interpretación están contenidas en las SCPs 1422/2012 y 0778/2014, tal como se explicó en la nota precedente.

bebida aromática, frente a la pregunta del maestro, tan conocido por sus aportes a la justicia constitucional, sin prisa y con vehemencia, inicia la argumentación desde las *otras juridicciones*.

Mama Ocllo explica a su tan querido profesor que el paradigma biocéntrico contenido en la Constitución democrática de 2009, requiere una construcción plural de derechos, la cual a su vez encuentra sustento en los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Desde este espectro, agrega que la Constitución boliviana en el artículo 109.I, consagra los tres grandes principios del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador. El principio de igual jerarquía de derechos; el principio de aplicación directa de derechos; y el principio de directa justiciabilidad de todos los derechos en igualdad jerárquica.

972

Después de una pausa, con voz firme, mama Ocllo sostiene que el principio de igual jerarquía de derechos supera la teoría de las generaciones de derechos (derechos de primera, segunda y tercera generación), por lo que, desde el mandato constitucional boliviano, todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, o, los colectivos, tienen la misma jerarquía; pero además, desde las diversas cosmovisiones indígenas, se asume el paradigma biocéntrico de derechos, en virtud del cual, se supera una lógica de construcción antropocéntrica de derechos y se consagran derechos transindividuales²², por lo que no sólo las personas son titulares de derechos, sino también las colectividades como las naciones y pueblos indígena originario campesinos, también la Pacha Mama o Madre Tierra y todo ser *sintiente*, entre ellos los animales, por tanto, en esta perspectiva, la madre tierra y los animales ya no son objeto de protección del derecho, sino titulares de derechos de naturaleza transindividual.

Frente a la atenta mirada del profesor Roberto, mama Ocllo agrega que, sin duda alguna, la acción popular es una herramienta de directa

22 El artículo 13.III de la Constitución, en interdependencia con el 109.1, consagra la igualdad jerárquica de derechos que debe ser entendida en el marco del paradigma biocéntrico de derechos, en una interpretación armónica con el Preámbulo de la Constitución y con los artículos 8 y 9 de la norma suprema.

justiciabilidad esencial para una construcción plural de derechos, en un contexto biocéntrico destinado a proteger derechos transindividuales como los de la madre tierra, de los animales, de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros derechos con incidencia colectiva²³, por lo que, para una real materialización, será esencial que el Tribunal Constitucional Plurinacional enmarque sus interpretaciones a las pautas constitucionalizadas de interpretación consagradas en la Constitución boliviana para evitar así las heridas de muerte al modelo constitucional provocadas por las *mutilaciones constitucionales* emergentes de interpretaciones arbitrarias²⁴.

Luego de una mirada inquisitiva del profesor Roberto, mama Oclo colige que el Tribunal Constitucional Plurinacional no puede realizar interpretaciones arbitrarias en acciones populares, más bien, esta instancia debe superar visiones de orden procesal constitucional enmarcadas a construcciones liberales de derechos que encarnen una colonialidad de las sentencias constitucionales²⁵; y, más allá del tradicional método de la *subsunción*, en un escenario de transdisciplinariedad, deberá aplicar métodos e interpretaciones dialógicas del derecho para construcciones

23 Las acciones de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad, son mecanismos de tutela subjetiva de derechos. La acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos; y, la acción popular es un mecanismo de tutela de derechos trans individuales o con incidencia colectiva.

24 Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, son criterios destinados a evitar arbitrariedades y excesos del Tribunal Constitucional Plurinacional y de todo intérprete de derechos. Estas pautas se encuentran contenidas en los siguientes artículos: Artículo 410 (Bloque de Constitucionalidad); artículo 13.I (Principios de progresividad, prohibición de regresividad, interpretación evolutiva, e interdependencia de los derechos); artículo 13.IV (Ejercicio del control de convencionalidad); artículo 14.II (Igualdad material y prohibición de discriminación); y, 256 (principio de favorabilidad y aplicación preferente de derechos). Además, en una correcta técnica de argumentación jurídica, deberá aplicarse los métodos de aplicación preferente en caso de una contradicción entre la normativa interna con estándares jurisprudenciales más favorables y el método de ponderación en caso de colisión de derechos. Además, en base a estas pautas, las autoridades judiciales y especialmente el Tribunal Constitucional Plurinacional, para justificar la compatibilidad de sus decisiones con el bloque de constitucionalidad, deben utilizar el test de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.

25 Idón Chivi Vargas (2012) utiliza el término *colonialidad de las sentencias constitucionales* y hace un estudio, desde 2003 hasta 2011, en el que señala que la interpretación constitucional tiene como horizonte de conocimiento la continuidad colonial.

plurales de derechos que materialicen el bloque de constitucionalidad, no desde una visión homogeneizante, sino desde procesos de traducción y entendimiento de las voces de los históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas, las mujeres indígenas, etc.

2. La acción popular como proceso constitucional intercultural para la construcción plural de derechos

Mama Oclo, luego de sentir el éxtasis que provoca el negro intenso de esta enigmática bebida, retoma el franco diálogo con el profesor Roberto y afirma que la acción popular disciplinada en el artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009²⁶, es un mecanismo de control tutelar de derechos destinado a proteger derechos transindividuales, es decir, derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, derechos de la madre tierra, derechos de todo ser *sintiente*, como es el caso de los animales y otros derechos trans individuales como la salubridad pública, la seguridad pública, los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras, consumidores, patrimonio; y, espacio público, entre otros, protección que debe ser realizada en el marco de un catálogo abierto y en armonía con el principio de interdependencia de derechos. Desde esta mirada, mama Oclo, agrega que la construcción plural de derechos debe ser realizada a través de mecanismos dialógicos, para lo cual, sin duda, será esencial la materialización del modelo argumentativo plural, el cual, proscribire toda forma de vicios argumentativos que mutilen la Constitución y generen regresividad de derechos.

El profesor Roberto, antes de terminar el último sorbo de su humeante taza de café, pregunta sobre los avances jurisprudenciales en la temática. Mama Oclo señala que de acuerdo a la interpretación que el máximo contralor de constitucionalidad brindó al artículo 135 de la

26 El artículo 135 de la Constitución establece: “La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

Constitución en la SC 1018/2011-R de 22 de junio²⁷, estableció que la acción popular protege derechos e intereses colectivos, así como derechos e intereses difusos, sin embargo, resalta que este entendimiento todavía asume una lógica propia de las *generaciones* de derechos, sin considerar que el modelo constitucional boliviano en el artículo 109.1 de la Constitución, adoptó el principio de igual jerarquía de derechos en el marco del paradigma biocéntrico, en este marco, resalta que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su jurisprudencia constitucional, tiene el desafío de consagrar este nuevo paradigma y a partir de él, interpretar los presupuestos procesales de la acción popular para así construir pluralmente derechos transindividuales y protegerlos de manera eficaz a partir de la superación de ritualismos y formalismos extremos que son contrarios al principio constitucional de descolonización que es el fundamento del principio de informalismo consagrado en el Código Procesal Constitucional boliviano.

De acuerdo a mama Ocllo, lo argumentado precedentemente es importante, ya que en armonía con el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, la tutela de derechos transindividuales en el marco del paradigma biocéntrico, hace que la acción popular tenga rasgos procesales diferentes a los mecanismos de tutela subjetiva y objetiva de derechos²⁸, por lo que esta *otra* visión para abordar el derecho procesal constitucional, denota la importancia y la imperiosa necesidad de despojar a la justicia constitucional de la venda de la igualdad formal y el mito de los ritualismos extremos y desproporcionales.

Mirando fijamente al profesor Roberto, mama Ocllo señala que es pertinente abordar la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo²⁹; y, posterior-

27 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3.

28 La acción de libertad, de amparo constitucional y de protección de privacidad son mecanismos de tutela subjetiva de derechos; la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos, tal como lo señaló la SCP 0862/2012 de 20 de agosto. FJ III.1.

29 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0788/2011-R de 30 de mayo. FJ III.1.

mente otras sentencias, entre ellas la SCP 1158/2013 de 26 de julio, las cuales, establecieron que uno de los presupuestos procesales que caracteriza esta acción es la sumariedad, en virtud de la cual, la acción popular debe ser entendida como un mecanismo rápido y oportuno para la tutela de derechos³⁰, que tal como se señaló, son de naturaleza transindividual, en este contexto, afirma que esta sumariedad debe ser mirada desde un proceso constitucional intercultural y descolonizador para poder ser realmente eficaz y oportuno.

Siguiendo el hilo narrativo de este franco diálogo, mama Ocllo señala que la SCP 1158/2013 de 26 de julio, estableció también que la flexibilización procesal es otra característica esencial de la acción popular³¹. En base a este criterio procesal constitucional pueden comprenderse rasgos esenciales de la acción popular, por ejemplo, la inexistencia de una fase de admisibilidad ya que no le son exigibles requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada³². Desde este enfoque, resalta también que la acción popular tiene características procesales propias, por esta razón, no tiene un plazo de caducidad, no le es aplicable el principio de subsidiariedad y tiene una legitimación activa amplia, entre otras características propias, las cuales, son diferentes a los presupuestos procesales aplicables a la acción de amparo constitucional, libertad, protección de privacidad o cumplimiento³³. En esta línea, afirma también que en el marco de los rasgos procesales particulares de la acción popular, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, resaltó que este mecanismo tutelar

30 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

31 Ídem.

32 El artículo 30 del Código Procesal Constitucional establece que la acción de amparo constitucional y la de cumplimiento tienen una fase de admisibilidad en la cual se verifica requisitos de forma que deben ser cumplidos por el accionante y causales de improcedencia reglada que en el caso de la acción de amparo constitucional están regulados en los artículos 53, 54 y 55 del Código Procesal Constitucional; en cambio, para la acción de cumplimiento están contenidas en el artículo 66 de esta norma adjetiva. En cambio, por su naturaleza jurídica, las acciones de libertad, protección de privacidad y popular, no tienen fase de admisibilidad y no están condicionadas al cumplimiento de requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada.

33 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.3.

tiene un carácter autónomo, no subsidiario ni residual, por lo que no se encuentra condicionada al agotamiento de vía judicial o administrativa alguna³⁴.

Desde estas características propias de la acción popular, mama Ocllo, con la mirada inmersa en su fragante bebida, continúa con el diálogo y señala que para una real materialización de derechos transindividuales y desde el paradigma biocéntrico, es esencial analizar la *tipología de la acción popular*, en esta perspectiva, desde el diseño del artículo 135 de la Constitución boliviana de 2009, resalta las dos facetas esenciales de este mecanismo tutelar: la faceta preventiva y la reparadora. A su vez, la faceta reparadora, comprende a la acción popular suspensiva y a la restitutoria.

Mama Ocllo, con voz circumspecta, agrega que según la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la faceta preventiva de la acción popular tiene la finalidad de evitar que una amenaza lesione los derechos e intereses con incidencia colectiva³⁵. En este marco, luego de percibir la atenta mirada del profesor Roberto, invoca a la SCP 1158/2013 de 26 de julio, la cual estableció que la naturaleza preventiva de la acción popular asegura una protección eficaz de derechos colectivos o difusos frente a cualquier amenaza que pueda poner en riesgo estos derechos³⁶. En este marco —agrega mama Ocllo—, que la referida sentencia estableció además que el término “amenaza” denota la “...posible existencia de un hecho u omisión futura que produzca una lesión a los derechos referidos, por tanto, la posibilidad de un suceso futuro amenazante, debe ser verificada por el órgano contralor de constitucionalidad en el marco de la flexibilización procesal...”³⁷.

34 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.5.

35 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

36 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

La faceta suspensiva de la acción popular, de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelados por esta acción³⁸, en este marco, la SCP 1158/2013 de 26 de julio, desarrolló la faceta reparadora de la acción popular y sustentó que este mecanismo tutelar está destinado a proteger derechos colectivos o difusos frente a todo acto u omisión que pueda lesionarlos³⁹. Finalmente señala que de acuerdo a la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la acción popular restitutoria tiene la finalidad de restablecer al estado inicial el derecho con incidencia colectiva afectado⁴⁰.

978

Agrega mama Ocllo que la tipología antes descrita será esencial para que las Salas Constitucionales en capitales de departamento, Jueces y Tribunales de Garantías en provincias y el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el marco de un modelo argumentativo plural, apliquen e interpreten los presupuestos de orden procesal constitucional de acuerdo a la máxima flexibilidad, de manera tal que se supere cualquier ritualismo extremo contrario a la naturaleza jurídica de este mecanismo de protección de defensa y se consolide a través de una construcción plural de derechos la materialización del vivir bien, en el marco del paradigma biocéntrico en actual vigencia⁴¹.

Mama Ocllo, mientras desliza sus manos en sus suaves trenzas negras, agrega que el principio de *informalismo* desde el diseño constitucional vigente, debe ser enfocado desde los alcances del principio de descolonización, y por ende, desde la doctrina del *giro decolonial*. En este contexto, agrega que la SCP 0778/2014 de 21 de abril estableció que a

38 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

39 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1158/2013 de 26 de julio. FJ III.4.

40 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.1.4.

41 Ver Huanacuni, F. (2012). *Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*. En K. Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.

esta acción deben aplicarse los presupuestos procesales en el marco de la máxima flexibilización procesal⁴², por ende debe superarse todo tipo de ritualismo o formalismo que la desnaturalice.

En el marco de este franco diálogo, mama Oollo, desde esta perspectiva del máximo informalismo y también al amparo de los principios *iura novit curia* y de *prevalencia de la justicia material*, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicó la figura de la *reconducción procesal de acciones* y también la *reconducción de la legitimación pasiva*. En el primer caso, por ejemplo, en la SCP 0778/2014 de 21 de abril, recondujo *de oficio* una acción de amparo constitucional a una acción popular para la tutela de derechos colectivos de pueblos indígenas⁴³; de la misma forma, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, para conceder una acción popular en relación a derechos a la salubridad pública y de consumidoras y consumidores, recondujo de oficio la legitimación pasiva hacia el Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, que no fue demandado en la acción pero que por los antecedentes del caso tenía legitimación pasiva⁴⁴.

979

En el marco del informalismo que debe generar importantes flexibilizaciones procesales, mama Oollo agrega que el Tribunal Constitucional Plurinacional también moduló los efectos de la cosa juzgada en acciones populares; así, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, estableció que toda denegatoria en la acción popular alcanza la calidad de cosa juzgada formal, lo que implica que por la naturaleza de derechos que protege este mecanismo de control tutelar de constitucionalidad, frente a una denegatoria de tutela y considerando que en este mecanismo tutelar la legitimación activa es amplia, posteriormente, cualquier persona puede volver a presentar una nueva acción popular con identidad de objeto y causa⁴⁵, criterio que no es

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0778/2014 de 21 de abril, FJ C.5.

43 Ídem

44 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

45 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.2.

aplicable por ejemplo a la acción de amparo constitucional, ya que en este mecanismo la decisión que luego de ingresar al fondo de la problemática deniegue la tutela, adquiere la calidad de cosa juzgada constitucional.

Mama Oclo, frente a la atenta mirada del profesor Roberto, señala que otro aspecto esencial desde el punto de vista del informalismo que debe regir las formas procesales de esta acción, es la aplicación de principios destinados a lograr la eficaz protección de los derechos amparados por esta vía. En este marco, afirma que en derechos de la madre tierra, será esencial la aplicación del principio *pro natura* a partir del cual se aplican criterios procesales esenciales para una eficaz protección de los derechos de la madre tierra, como la *inversión de la carga probatoria* y el *principio precautorio*.

Después de una breve pausa, esta mujer que proclama las *otras juridicciones* retoma el diálogo y afirma que el principio *pro natura* fue aplicado por primera vez y de manera implícita en una acción popular en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, en este caso, a través de este mecanismo tutelar, se denunciaron graves daños a la madre tierra por la construcción de la “Avenida Costanera Sur” en la ciudad de Tarija, construcción realizada en la margen izquierda del río Guadalquivir y que implicó una deforestación de gran magnitud, un grave daño al ciclo hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir y la afectación directa a las especies de flora y fauna que habitaban el bosque destruido. Agregó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por la naturaleza de los derechos denunciados, en aplicación implícita del principio *pro natura* invirtió la carga de la prueba, pero además estableció los parámetros de *valoración razonable* de prueba en acciones populares⁴⁶.

Mama Oclo destaca también que es importante establecer el razonamiento explícito del Tribunal Constitucional Plurinacional que en la SCP 0070/2017-S3 se refirió al principio *pro natura* como pauta esencial para la protección de derechos difusos referentes al medio ambiente y a

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJs III.3.1 y III.3.3.

la salubridad pública⁴⁷. En el marco de esta idea, con voz firme sentencia que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional generó una progresividad con la consagración de este principio, aunque no lo desarrolló en su real dimensión, no es menos cierto que si esta instancia continúa utilizando el concepto de derechos difusos y no de derechos transindividuales y si persiste en diseñar su jurisprudencia en el marco de derechos medioambientales y no así de derechos de la madre tierra en coherencia con el paradigma biocéntrico, se ingresará en graves regresividades, como las que ya se evidencian especialmente en las autorestricciones jurisprudenciales arbitrariamente establecidas en base a concepciones liberales de construcción del derecho⁴⁸.

Después de un beso tímido a su taza de café, mama Ocllo, a la luz del principio *pro natura* resalta la importancia de la inversión de la carga de la prueba en acciones populares, no sólo para derechos de la madre tierra, sino para la protección eficaz de cualquier derecho transindividual, como por ejemplo el de las y los usuarios y usuarias o consumidoras y consumidores, ya que este mecanismo de defensa de derechos tiene una visión de orden procesal constitucional diferente a las otras acciones tutelares, entre ellas la acción de amparo constitucional. Desde este criterio, con la mirada fija en el profesor Roberto, señala que si bien a la acción popular se le aplica un criterio de legitimación activa amplia, es decir que cualquier persona o colectividad puede presentarla, empero, es un medio ineficaz si no se invierte la carga de la prueba, ya que en atención a la naturaleza de los derechos transindividuales, para cualquier ciudadano, podría resultar *imposible* cumplir con una exigencia de carga probatoria, especialmente en denuncias vinculadas a la vulneración de derechos de la madre tierra, de salubridad pública o de usuarias, usuarios, consumidoras o consumidores, razonamiento que explica la gran cantidad de acciones populares denegadas por el tema probatorio.

47 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero. FJ III.3.

48 Lo cierto es que existen un gran número de sentencias constitucionales, que en el marco de vicios argumentativos, desconocen el alcance del principio pro-natura, a pesar de tener éste un estándar más alto en la SCP 0070/2017-S3.

Luego de degustar uno de los últimos sorbos de su café, mama Ocllo sentencia el deber del Tribunal Constitucional Plurinacional, de aplicar en las acciones populares el principio *pro natura* y el principio de *prevalencia de la justicia material*, esto por la naturaleza de los derechos que debe tutelar, de manera tal que sea la parte legitimada pasivamente en la acción la que deba probar la no vulneración de los derechos denunciados y no así el ciudadano o colectividad que cuenta con una legitimación activa amplia pero que se encuentra en una evidente desventaja probatoria⁴⁹.

El profesor Roberto escucha a mama Ocllo y al mismo tiempo se deleita con su humeante bebida, mientras que el relato desde las otras juridicidades sigue fluyendo. La mítica mujer indígena con vehemencia resalta la importancia que tiene la aplicación del principio precautorio en acciones populares en su *tipología preventiva*. En este marco, afirma que para conceder la tutela y aplicar medidas de salvaguarda, de prevención o de mitigación, no es aplicable el principio de certeza jurídica, sino por el contrario, frente a una duda razonable sobre una posible afectación a un derecho protegido por la acción popular, a través del control tutelar de derechos, deberá otorgarse la tutela preventiva y jamás denegarse la misma por falta de prueba o por falta de certeza jurídica.

Inmersa en sus propios pensamientos, luego de romper el silencio, mama Ocllo manifiesta su preocupación por algunos criterios regresivos del Tribunal Constitucional Plurinacional. En esta línea, afirma que todas las denegatorias de tutela por parte de esta instancia por falta de certeza jurídica en acciones populares preventivas, mutilan el mandato del artículo 135 de la Constitución que consagra un carácter preventivo a esta acción de defensa, pero además, estas cada vez más frecuentes denegatorias de tutela emergen de vicios argumentativos del Tribunal Constitucional Plurinacional por no tener sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación constitucional.

49 En el caso de pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0282/2016-S1, ha establecido la inversión de la carga de la prueba para la tutela de sus derechos colectivos. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.5.1.

Mama Ocllo afirma también que en estos diez años de vigencia de la Constitución, la academia ve con gran preocupación el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en esta acción tutelar, ya que en varias sentencias vinculadas a denuncias de vulneración de los derechos de la madre tierra o de usuarias y usuarios y consumidoras o consumidores, se desconoce las características procesales propias de la acción popular y se deniega la tutela en aplicación del principio de certeza jurídica⁵⁰, o de hechos controvertidos⁵¹. Criterios que deben ser considerados aislados ya que de acuerdo a la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, no son precedentes en vigor puesto que no contienen el estándar jurisprudencial más alto.

Agrega mama Ocllo que la academia, en un balance de los diez años de vigencia de la Constitución de 2009, con preocupación observa la carga argumentativa que la jurisprudencia constitucional establece a la parte accionante en acciones populares; criterio jurisprudencial que al amparo del principio de descolonización, interdependiente al principio de informalismo, no puede considerarse precedente en vigor ya que es arbitrario por ser contrario a la naturaleza procesal de la acción popular y porque tiene la finalidad de denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática por exigencias y ritualismos procesales indebidos. Estos criterios arbitrarios se encuentran contenidos en la SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo⁵²; o en la SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril⁵³, entre muchas otras.

50 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 0688/2016-S2 de 8 de agosto. FJ III.3; SCP 0701/2017-S2 de 3 de julio. FJ III.2; SCP 0502/2017-S2 de 22 de enero FJ III.2; o SCP 110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3, entre muchas otras más.

51 Ver las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 1979/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3; SCP 1015/2013-L de 28 de agosto. FJ III.2; 0675/2015-S1 de 26 de junio. FJ III.3; SCP 0320/2017-S3 de 20 de abril. FJ III.2; SCP 0700/2018-S3 de 25 de septiembre. FJ III.2; y, SCP 1132/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2, entre otras.

52 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo. FJ III.3.

53 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril. FJ III.3.

3. Algunas reflexiones en cuanto a la jurisprudencia sobre derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

Mama Oclo, ya en su segunda tasa de café, señala que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la acción popular ha generado un importante aporte en la construcción plural de derechos transindividuales, sin embargo, las líneas jurisprudenciales están y deben estar en constante construcción con la amenaza de la cada vez más creciente ola de jurisprudencia constitucional regresiva.

Esta mítica mujer indígena afirma también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, más allá del catálogo de derechos contenidos en el artículo 135 de la Constitución, el cual tal como lo estableció el máximo contralor de constitucionalidad es un catálogo abierto⁵⁴, ha desarrollado jurisprudencialmente un amplio plexo de derechos, entre ellos los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como derechos de naturaleza colectiva.

984

Mama Oclo continúa el diálogo y resalta que la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, contextualizó a la acción popular en el paradigma del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador; y además, desde este escenario resaltó el potencial de este mecanismo de justiciabilidad para la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁵⁵. Luego de una mirada a su negra bebida, afirma que desde el espectro del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre ellos el derecho a la autoidentificación, consagrado expresamente en las SCPs 0645/2012 de

54 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCPs 1018/2011-R de 22 de junio. FJ III.1.3; 0176/2012 de 14 de mayo. FJ III.3; 1158/2013 de 26 de julio FJ III.3, entre otras.

55 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.3.

23 de julio⁵⁶, y 0768/2017-S1 de 27 de julio⁵⁷; sin embargo, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en temas de derechos colectivos de pueblos y naciones indígena originario campesinos, también ha incurrido en graves regresividades⁵⁸.

Luego de un trémulo carraspeo, mama Ocllo afirma que la propiedad colectiva como derecho colectivo, ha tenido importantes estándares jurisprudenciales en el Tribunal Constitucional Plurinacional. En este marco, destaca la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, la cual consagra el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible de las tierras comunitarias o colectivas⁵⁹. También, afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, ha consagrado el derecho a la territorialidad, el cual supera toda visión agrarista de tierra, para dar curso a una visión integral de territorio⁶⁰. Asimismo agrega que en esta sentencia, el Tribunal Constitucional

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0645/2012 de 23 de julio. FJ III.2.1.

57 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0768/2017-S1 de 27 de julio. FJ III.3. Es importante destacar también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de una acción de inconstitucionalidad concreta, en la SCP 0006/2016 de 14 de enero, en ejercicio del control de convencionalidad, consagró el derecho colectivo a la autoidentificación de naciones y pueblos indígena originario campesino. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0006/2016 de 14 de enero. FJs III.3 y III.4.

58 Un ejemplo es la SCP 0018/2018-S2, la cual faculta al INRA –en flagrante desconocimiento del derecho a la titulación colectiva de tierras– la nulidad de oficio de actos administrativos para incorporar a un proceso de titulación colectiva a sindicatos que pretenden la titulación individual de tierras. Esta sentencia, por ser contraria al modelo constitucional vigente, generó la activación de una denuncia internacional por parte del pueblo Quila Quila contra el Estado boliviano, la cual se encuentra en trámite ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo. FJ III.3.1.

59 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.3.

60 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4. En esta línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 139/2017-S2 de 20 de febrero, ha diferenciado los conceptos de tierra y territorio. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero. FJ III.7.2.

Plurinacional ha establecido con gran precisión la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con su derecho a la libre existencia⁶¹, y; también con el derecho colectivo a la consulta previa⁶².

Además, mama Ocllo señala que a través de la SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo, el Tribunal Constitucional Plurinacional consagró la interdependencia del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, en este marco, recuerda que se concedió la acción popular porque los demandados vulneraron los derechos de la comunidad IOC Santa Ana, la cual no sólo tiene derecho a la territorialidad, sino que los eucaliptos y otros árboles de esta misma especie eran y son de dominio de la comunidad⁶³.

986

La mítica mujer indígena invoca también a la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, la cual estableció que las naciones y pueblos indígena originario campesinas tienen derecho a su hábitat, como un derecho colectivo tutelable a través de la acción popular, el mismo que debe ser concebido no sólo en el ámbito limitado de la tierra, sino desde el carácter amplio del concepto de territorio, entendido como el espacio ancestral donde se desarrolla la cultura, espiritualidad, historia y forma de organización social y política de estos pueblos y donde ejercen también el control sobre sus recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones⁶⁴.

Mama Ocllo destaca también que la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, por haber brindado de manera preventiva protección a la propiedad para casos en los cuales aún no se consolidó el proceso de saneamiento colectivo de tierras, pero que por la naturaleza de este derecho

61 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

62 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0487/2014 de 25 de febrero. FJ III.4.

63 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo. FJ III.2.

64 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0572/2014 de 10 de marzo. FJ III.4.1.

sea esencial su protección reforzada y preventiva⁶⁵. En esta misma línea, refiere también que el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo, brindó también protección al derecho a la libre determinación como un derecho colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁶⁶.

Luego de mirar la postura optimista del profesor Roberto, mama Ocllo señala que lamenta desilusionar a su tan querido maestro y con voz dulce pero firme, afirma que si bien en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009 existieron importantes avances en cuanto a la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como los citados; empero, queda pendiente aplicar las líneas progresivas para naciones y pueblos indígena originario campesinos en el marco de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, ya que existe una cada vez más alarmante tendencia a la denegatoria de tutela por formalismos y ritualismos extremos que evitan seguir avanzado en aras de una construcción plural de derechos⁶⁷; en este escenario, precisa mama Ocllo la importancia de resolver acciones populares en el marco de un derecho procesal constitucional y jurisprudencia constitucional exentos de ritualismos extremos contrarios al modelo constitucional, para evitar así mutilaciones al diseño constitucional que consagra a esta acción como paradigma de un proceso constitucional intercultural y descolonizador.

987

Después de un profundo suspiro, mama Ocllo resalta la importancia de la fundamentación de las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional en las pautas constitucionalizadas de interpretación de

65 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0139/2013-L de 2 de abril. FJ III.6.2.

66 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo. FJ III.2.

67 De acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, cuando existan entendimientos jurisprudenciales contradictorios, el precedente en vigor y por ende con efecto vinculante para las autoridades judiciales y administrativas deberá ser el más favorable para los pueblos indígenas, aunque no necesariamente sea el último entendimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, ya que en jurisprudencia, el carácter vinculante del precedente en vigor, no está condicionado a un criterio de temporalidad, sino más bien a un criterio de favorabilidad.

derechos (Arts. 410, 13.I, 13.IV, 14.II y 256 de la Constitución), para no incurrir así en graves vicios argumentativos que mutilen la Constitución y que plasmen regresividades en derechos, regresividades que a su vez podrían traducirse en responsabilidad internacional para el Estado Plurinacional de Bolivia, que debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y a la luz de los principios de progresividad y prohibición de regresividad.

4. El paradigma biocéntrico y la construcción plural de derechos de la madre tierra

Mama Ocllo, en este punto del diálogo, propone realizar una breve referencia a la jurisprudencia en cuanto a la construcción de derechos de la madre tierra. En este marco, afirma que a través de la SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre, el Tribunal Constitucional Plurinacional desarrolló el derecho al medio ambiente y de manera expresa estableció que este derecho está compuesto por “una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad como el agua, los animales, las plantas y los seres humanos, en su elemento heterogéneo, algunos tienen vida como los animales y otros sólo tienen existencia, como las montañas y la tierra...”⁶⁸.

Afirma, además, que la referida sentencia establece que la sociedad es la beneficiaria del derecho al medio ambiente, por lo que será necesario el mantenimiento de los requisitos ambientales, imprescindibles para la conservación del sistema ecológico, en el cual está inserto el ser humano, además, este entendimiento estableció que el resguardo de estas condiciones mínimas será esencial para la obtención de una cierta calidad de vida⁶⁹. Agrega que, en esta línea de pensamiento, la referida sentencia estableció que la calidad de vida debe ser definida como el “conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una

68 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

69 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

comunidad, en un espacio y en un tiempo dados; condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en oportunidad creciente”⁷⁰.

En este escenario, afirma esta mítica mujer que la citada sentencia, concluye afirmando que el derecho al medioambiente asegura “el derecho de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades actuales sin que ello comprometa a las generaciones futuras, como las actuales debiendo preservarlo...”⁷¹.

Posteriormente, luego de una pausa y después de sentir el sabor y aroma de su enigmática bebida, continúa el diálogo y afirma que la SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, desarrolló los derechos medioambientales a la luz del bloque de constitucionalidad, desde la cual sustentó su carácter de derecho difuso⁷². Precisó también que esta misma sentencia, en el marco del artículo 13.I de la Constitución, estableció la interdependencia que existe entre el derecho al medio ambiente y el derecho al agua⁷³.

989

Mama Ocllo, en su tarea de realizar una coherente historia de línea jurisprudencial, mirando fijamente a su profesor, señala también que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, desde la protección al medio ambiente estableció la obligación del Estado de garantizar la participación ciudadana en proyectos de desarrollo que puedan afectar el medio ambiente, así como el deber de ponderar afectaciones al ecosistema y medio ambiente⁷⁴.

70 Ídem.

71 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.

72 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.5..

73 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.6.

74 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. FJ III.3.1.

Afirma también que los entendimientos jurisprudenciales anotados evidencian una visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente. Luego, con un tono circunspecto sentencia la importancia de realizar una construcción plural de los derechos de la madre tierra desde el paradigma biocéntrico, concepto esencial para el desarrollo de criterios procesales constitucionales acordes con la acción popular.

Agrega esta mítica mujer indígena que esta visión antropocéntrica del derecho al medio ambiente asumida por el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado que otros derechos, como el de los animales, no sean asumidos desde el paradigma biocéntrico, desde el cual, tal como ya se señaló, estos seres *sintientes* no son objeto de protección, sino titulares de derechos. Agrega que la protección de los animales fue brindada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no como titulares de derechos, sino como objeto de protección del derecho y desde su interdependencia con los derechos medioambientales, tal como lo evidencia el razonamiento contenido en la SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre que resolvió una acción popular concedida en resguardo de la protección a la fauna silvestre y doméstica, porque el Alcalde Municipal de Tarija –autoridad demandada–, se negó a autorizar su traslado temporal del zoológico “Oscar Alfaro” a un centro con condiciones adecuadas para su bienestar⁷⁵.

5. Otras construcciones plurales de derechos transindividuales

Después de un profundo suspiro, mama Ocllo retoma el diálogo y afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado construcciones jurisprudenciales en relación a otros derechos transindividuales, como por ejemplo los de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, verbigracia, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, la cual, siguiendo el criterio de la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo, consagró a estos derechos como difusos y tutelables a través de la acción popular, pero además, aclara mama Ocllo que para este tipo de derechos, la indicada sentencia resaltó la importancia del carácter preventivo de la acción

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre. FJ III.3.2.

popular, en este marco, estableció que “...no sería razonable que exista o se espere un daño o perjuicio sobre tales derechos o intereses de la comunidad para que recién se active tal competencia que compromete intereses públicos y el bienestar común...”⁷⁶.

Mama Ocllo, frente a la atenta mirada de su profesor, identifica como el estándar más alto en derechos de usuarias, usuarios, consumidores y consumidores a la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, la cual no sólo consigna el carácter difuso de este derecho, sino que además establece las obligaciones que el Estado tiene para garantizarlo. Así, precisa que dicho entendimiento jurisprudencial sustenta la prohibición de monopolio y el oligopolio privado o cualquier forma de control o exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios; el deber de control de calidad y eficiencia de los servicios públicos para brindar así una protección especial a los usuarios y consumidores; el deber de control de calidad de alimentos para el consumo humano y animal; el deber de control de fármacos tanto en la medicina occidental como en la tradicional; el deber de control de los servicios de salud públicos y privados; el deber de control de calidad y eficacia de los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones; el acceso al sistema de transporte integral, en sus diferentes modalidades y en condiciones de eficiencia y eficacia con beneficios para usuarios y proveedores; y el deber general de control de calidad, seguridad y salubridad de todo bien o servicio producido o comercializado en el Estado Plurinacional de Bolivia, entre otras obligaciones estatales esenciales⁷⁷.

Agrega al relato otras decisiones importantes del Tribunal Constitucional Plurinacional destinadas a la construcción plural de derechos a ser tutelables por la acción popular, los cuales incluyen derechos de usuarias y usuarios de servicios básicos, en este marco, señala que el Tribunal Constitucional Plurinacional entendió que el servicio básico de

76 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1560/2014 de 1 de agosto. FJ III.3.

77 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.3.

electricidad tiene una dimensión individual; empero, el servicio de alumbrado público tiene una dimensión transindividual tutelable a través de la acción popular⁷⁸. En esta visión, afirma también que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 1111/2017-S2 de 23 de octubre, brindó al servicio de telecomunicaciones una dimensión transindividual tutelable a través de la acción popular⁷⁹.

Afirma también mama Ocllo que en el marco de la construcción jurisprudencial de derechos transindividuales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la SCP 0462/2012 de 4 de julio, ha establecido la justiciabilidad a través de la acción popular del patrimonio histórico y cultural, así como la diversidad plurinacional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, por ejemplo, el uso y práctica de la medicina tradicional⁸⁰. Sustenta también que el Tribunal Constitucional Plurinacional señaló que forman parte de este derecho las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales; y que el patrimonio cultural del pueblo boliviano incluye la riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore, así como la coca originaria y ancestral⁸¹.

En su relato jurisprudencial, afirma también mama Ocllo que la SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero, estableció los deberes de conservación y protección que el patrimonio histórico cultural genera al Estado en sus diferentes niveles de organización territorial⁸². En este marco, el citado entendimiento estableció que, en atención a la esencia tangible e intangible de los bienes declarados patrimonio histórico cultural, no es

78 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1020/2013-L de 28 de agosto. FJ III.3. Este mismo criterio fue asumido a través de la SCP 0227/2016-S1 de 18 de febrero. FJ III.3.

79 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 111/2017-S2 de 23 de octubre. FJ III.2.

80 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0462/2012 de 4 de julio. FJ III.2.

81 Ídem

82 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0039/2015-S1 de 6 de febrero. FJ III.3.

posible alterar su estructura original en consideración al valor histórico cultural y arquitectónico que representan⁸³.

Con mucho entusiasmo, agrega la mítica mujer indígena que la SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre ha establecido que el patrimonio cultural inmaterial tiene el atributo de ser transmitido de generación en generación, así como de ser creado y recreado constantemente por las comunidades y grupos en función a su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; de la misma forma, refiere que esta sentencia precisó que este patrimonio infunde un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana, en este marco, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció la prohibición de obstaculizar, limitar, restringir o prohibir el acceso y la manifestación de tales expresiones⁸⁴.

Mama Oclo, a partir del análisis dinámico de línea jurisprudencial desarrollado, precisa que, si bien se ha desarrollado importantes líneas jurisprudenciales sobre derechos transindividuales, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución, éstas han sido asumidas desde un paradigma antropocéntrico y no así desde el paradigma biocéntrico.

993

Observa también la poca utilización de métodos dialógicos para la construcción plural de derechos. En este marco, afirma que si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, consagró el deber de generación de espacios de diálogos, por ejemplo en casos de conflictos entre comunidades, estos métodos, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, no suelen ser utilizados por el máximo contralor de constitucionalidad, ni tampoco por las Salas Constitucionales en capitales de departamento y los jueces y tribunales de garantías en provincias⁸⁵.

83 Ídem.

84 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 0491/2018-S3 de 18 de septiembre. FJ III.2.

85 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1669/2014 de 1 de septiembre. FJ III.2.

Agrega mama Ocllo que, al margen de herramientas dialógicas como las antes señaladas, será esencial que en acciones populares se utilicen también otras herramientas propias de una democratización de la justicia, entre ellas los *amigos del tribunal* o *amicus curiae*. En este sentido, recordó que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por primera vez introdujo esta figura a las acciones populares en la SCP 1083/2013-L de 30 de agosto⁸⁶, y, también en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre⁸⁷.

Finalmente, mama Ocllo, luego de un profundo suspiro que más que cansancio denota decepción, mirando fijamente a los ojos de su tan estimado profesor, señala que, con mucha preocupación, se observa la escasa jurisprudencia diseñada a partir de las nuevas herramientas de interpretación de derechos, como los diálogos interculturales, los diálogos interjurisdiccionales, los peritajes antropológico culturales, los amigos del tribunal, las audiencias públicas, etc., herramientas que de ser utilizadas, permitirán que la voz de los históricamente oprimidos sea escuchada e incida en la construcción de líneas jurisprudenciales, lo que en gran medida podrá ser una herramienta eficaz para superar los cada vez más frecuentes entendimientos arbitrarios del Tribunal Constitucional Plurinacional.

6. Epílogo

El profesor Roberto, conmovido por las palabras de mama Ocllo, bebe el último sorbo de su café y confiesa que esta apertura al diálogo intercultural, sin duda ha generado un real proceso de *traducción-entendimiento* entre la academia latinoamericana y europea. Además, afirma que estas reflexiones son esenciales para dar voz a los históricamente oprimidos en la construcción plural de derechos, la cual tiene una potencial herramienta: la acción popular, que plantea el desafío de interpretar y desarrollar sus presupuestos procesales no desde una visión monocultural

86 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SCP 1082/2013-L de 30 de agosto. FJ III.4.

87 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. FJ III.2.2.

propia de la construcción liberal del derecho, sino más bien desde nuevos métodos y pautas hermenéuticas dialógicas que consagren una eficaz tutela de derechos transindividuales.

Con la mirada fija en el horizonte, mama Ocllo resalta lo enriquecedor de este franco diálogo, el cual develó importantes líneas jurisprudenciales que marcan importantes criterios de progresividad jurisprudencial a través de la acción popular; pero también, a más de diez años de vigencia de la Constitución, estas reflexiones son esenciales para advertir a las y los lectores sobre las graves regresividades jurisprudenciales basadas en vicios argumentativos que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional en acciones populares, las cuales implican trágicas mutilaciones constitucionales.



Bibliografía

995

1. ARIZA SANTAMARÍA, R. (2012). Derecho aplicable. En J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia* (pp. 43-62). Ciudad de Guatemala: Konrad-Adenauer-Stiftung.
2. CHIVI VARGAS, I. M. (2012). *El largo camino de la jurisdicción indígena*. En B. de Sousa Santos y J. L. Exeni Rodríguez (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 275-379). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg; Abya-Yala.
3. CORREAS, Ó. (2004). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En J. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios* (pp. 24-110). Ciudad de México: UNAM.
4. DE LA TORRE RANGEL, J. A. (2012). *El derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacán; Universidad Autónoma de Aguascalientes.
5. DE SOUSA SANTOS, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen 1: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
6. DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.

7. DEL REAL ALCALÁ, A. (2010). La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: desafíos y resistencias. En *Memoria Conferencia Internacional: Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. La Paz: Conced; GTZ.
8. ESTERMANN, J. (2009). *Filosofía andina*. La Paz: Instituto Superior Ecu­ménico Andino de Teología.
9. HOEKEMA, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El Otro Derecho*, 26-27, pp. 63-98. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf
10. HUANACUNI, F. (2012). *Vivir bien/buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*. En K. Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 130-146). La Paz: Ministerio de Culturas.
11. MARTÍNEZ DALMAU, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67-119). Valencia: Tirant lo Blanc.
12. MARTÍNEZ DALMAU, R. & Viciano Pastor, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 7-29. Recuperado de <https://www.redalyc.org/html/2932/293222977001/>
13. MARTÍNEZ DALMAU, R. & Viciano Pastor, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24. Recuperado de https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construcci%C3%B3n_doctrinal
14. MARTÍNEZ DALMAU, R. & Viciano Pastor, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho: Debates Constitucionales en Nuestra América*, 48, 63-84. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_48/El_otro_derecho_48.pdf
15. PANIKKAR, R. (1990). *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: San Esteban.
16. ROJO, R. (2005). Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. *Sociologías*, 7(13), 36-81. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561003>
17. SÁNCHEZ BOTERO, E. (2003). *Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico*. Trabajo presentado en el Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad” de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de

- http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf
18. TUBINO, F. (2005). *La interculturalidad crítica como proyecto ético-político*. Trabajo presentado en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima. Recuperado de <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8DTICACOMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>
 19. WALSH, C. (2009). El Estado plurinacional e intercultural. En A. Acosta y E. Martínez (coords.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito: Abya-Yala.
 20. WALSH, C. (2012). *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf>
 21. WOLKMER, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.
 22. WOLKMER, A. C. (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla: MAD.
 23. YRIGOYEN FAJARDO, R. (2006a). Hacia una jurisprudencia pluralista. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal*, 377-415. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf
 24. YRIGOYEN FAJARDO, R. (2006b). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 537-567). Bilbao: Universidad de Deusto.

La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina

✉ SILVIA BAGNI*

1. Aportes desde América Latina al debate doctrinal

En la doctrina constitucional italiana, se identifica con la expresión “forma di Stato” al modo con el que se estructura la relación entre gobernantes y gobernados. Más bien, la expresión denota “el conjunto de principios y reglas fundamentales que, dentro del ordenamiento estatal, regulan la relación entre el Estado-autoridad (vale decir el aparato de órganos y sujetos públicos a los cuales el ordenamiento asigna el uso legítimo del poder coercitivo) y la comunidad de ciudadanos” (PEGORARO, Rinella, 2018, p. 86; MORTATI, 1975, p. 135; VOLPI, 2016; LANCHESTER, 1990, p. 798; CUOCOLO, 1994, p. 494 ss.; PINELLI, 2009; crítico G.U. RESCIGNO, 1989, p. 1 ss.).

999

Este tema, bajo distintas etiquetas, es objeto de estudio también por la ciencia política. Sin embargo, el jurista busca sus manifestaciones en el plano constitucional, es decir en los principios y valores incluidos en el texto de la Constitución. Sólo siguiendo este método, la clasificación asume valor prescriptivo, representando el deber ser que la Constitución impone a la comunidad política, para respetar el pacto de convivencia establecido por el poder constituyente trámite las normas y los institutos de garantía del ordenamiento jurídico (ROMBOLI, 2019, p. 45 ss.).

* Investigadora en Derecho público comparado, Università di Bologna. Silvia.bagni@unibo.it

La categoría pone de pronto problemas metodológicos al comparatista, en cuanto es una formulación que no siempre encuentra traducción literal en otras partes del mundo, pero sí conceptos que podrían ser considerados como equivalentes funcionales. Por ejemplo, en Alemania la doctrina publicista no utiliza esta expresión, pero algunos matices del concepto son indicados por otras perífrasis (PALERMO, Woelk, 2000, p. 470; NICOLINI-VALDESALICI, 2014, p. 850). En España, la Constitución de 1978 utiliza la expresión “forma política del Estado” para indicar la monarquía parlamentaria, pero según la doctrina se trata de un concepto que “engloba tanto a las formas de Estado como a las formas de gobierno” (ÁLVAREZ CONDE, GARRIDO MAYOL, TUR AUSINA 2011, p. 529; en cambio, utilizan la categoría López Garrido, Massó Garrote, Pegoraro, 2017, p. 104 ss.). En Francia, la doctrina constitucional aborda el tema desde la perspectiva de las instituciones, sistemas o regímenes políticos. Sobre este asunto, es difícil considerar a América latina como un conjunto. La doctrina en los varios países tiene posturas distintas: en algunos se habla de régimen político (SAGÜÉS, 2012); en otros, se utiliza la misma fórmula “forma de Estado” (FIX-ZAMUDIO, VALENCIA CARMONA, 2003, p. 235).

Las formas del Estado que la doctrina suele considerar son representadas en perspectiva diacrónica desde el punto de vista de la historia constitucional europea y norteamericana. La narración adopta una visión hegeliana de la historia, considerada un camino, una evolución exitosa de la organización social humana a partir de la ausencia del Estado en el periodo antiguo y medieval, pasando por las monarquías absolutas, el Estado liberal y finalmente hasta el modelo de Estado del bienestar (o Estado democrático-social), considerado el cumplimiento de la misión civilizatoria del Occidente. Al margen de esta historia de éxito, se consideran unas otras experiencias heréticas, como el Estado totalitario nazista y la forma de Estado socialista; fuera de la historia occidental, se reconoce como amenaza actual la forma de Estado teocrática.

El enfoque euro-céntrico, a menudo adoptado también por la doctrina latino-americana, tiende a simplificar esta materia en la contraposición entre democracia (en su forma hegemónica del *Welfare State*) y

autocracia (en cualquiera de su manifestación concreta) (DUHAMEL, G. TUSSEAU, 2016; CORREA FREITAS, 2013).

En perspectiva comparada, la doctrina sobre las formas del Estado incorpora el constitucionalismo, sin limitarse a estudiar su manifestación institucional, es decir un Estado que reconoce la división de los poderes y la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, el esquema de clasificación de las formas del Estado ha cambiado muy poco después de la horrorosa experiencia nazi-fascista. El siglo breve termina con el fracaso de la Unión Soviética, que decreta la casi extinción del Estado socialista (HOBSBAWM, 2010). Al mismo tiempo, los procesos de descolonización en Latinoamérica, África y Asia muestran la tendencia a reproducir, por lo menos en papel, la forma del Estado occidental.

Bajo un análisis comparado más atento al contexto cultural de cada País, Pegoraro y Rinella matizan la propuesta clasificatoria tradicional, considerando como nuevas categorías el nacionalismo socialista árabe y la forma de Estado china socialista-liberista, caracterizada por el reconocimiento de la propiedad privada y de la libre iniciativa económica como elementos del socialismo con tinta china (PEGORARO, RINELLA, 2018, p. 53 ss.).

1001

Este análisis tiene el objetivo de indicar las contribuciones que América Latina puede aportar a la teoría de las formas del Estado. Mi enfoque sigue dos ideas fundamentales. En primer lugar, se abandona una lectura eurocéntrica de la historia del constitucionalismo y del Estado, así que no se consideran Europa y Norteamérica como *tertium comparationis*, sino como objeto de estudio al par de las otras áreas del mundo, respecto a las formas de organización de las sociedades humanas. Segundo, se rechaza la perspectiva de Fukuyama sobre el fin de la historia, que implicaría considerar el actual Estado del bienestar como último estadio de desarrollo de la sociedad humana. Las múltiples crisis que estamos viviendo (ambiental, climática, energética, sanitaria, social) demuestran como esta forma de Estado no es sustentable a nivel global, así que hay que imaginar otras soluciones, fundamentadas en valores como la armonía entre seres humanos, otros seres vivos y el ecosistema, el cuidado para la vida en todas sus formas, la tutela de la biodiversidad y de la demo-diversidad, la solidaridad intra-especie e inter-especies (CAMERLENGO, 2020).

Aplicando estos ejes metodológicos, América Latina ofrece un escenario sorprendente para el estudio de las formas del Estado, tanto en perspectiva diacrónica que síncrona. En su *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bernd Marquardt denuncia el exceso de eurocentrismo en la construcción doctrinaria del constitucionalismo y de la teoría del Estado (MARQUARDT, 2016, p. 38 y p. 306), subrayando como en realidad, un análisis síncrono de cada etapa del constitucionalismo muestra su concomitante desarrollo en el Norte como en el Sur. Por ejemplo, el liberalismo en el siglo XIX tuvo mucho más cumplimiento en las Constituciones republicanas de América latina, que non en la Restauración europea (MARQUARDT, 2016, p. 47).

1002

Antes de analizar los aportes a la doctrina de las formas de Estado que pueden venir del otro lado del charco, hay que definir el ámbito geográfico de la investigación. La expresión “América Latina” es de hecho sumamente vaga y claramente etnocéntrica. Los distintos pueblos que vivían en el continente antes de la llegada de los Europeos llamaban su propia tierra con varias expresiones. Los Gunas de Panamá y Colombia se referían a su lugar con la expresión Abya Yala (tierra en madurez), que recién ha sido utilizada por muchos autores como alternativa emancipadora frente a América Latina; los Incas llamaban su inmenso territorio, que iba de la región de Quito hasta el Cusco peruano, Tahuantinsuyo; los Mapuches derivan su propio nombre de cómo llaman la tierra, la Mapu. La elección de una expresión sobre las otras sería tan arbitraria como dar un nombre nuevo al continente, así que, para convención de lenguaje, seguiré utilizando la expresión América latina, que, desafortunadamente, se entiende desde cualquiera perspectiva, tanto por los indígenas como por los blancos o mestizos, especificando que voy a referirme por substracción a todo el continente excepto Estados Unidos y Canadá, incluyendo así el Brasil, pero excluyendo las colonias no ibéricas (las islas anglofonas del Caribe, Surinam y Guyana).

2. Entre imperios y colonias

La doctrina sobre formas del Estado por definición se aplica a las instituciones de la sociedad humana a las cuales se pueden atribuir los caracteres de la estatalidad, es decir una organización jurídica y burocrática

del poder, que detiene el uso legítimo de la fuerza sobre un territorio y un pueblo. En Europa, estas condiciones se manifiestan por primera vez con las monarquías absolutas que empiezan a formarse desde el siglo XIV (VOLPI, 2016, p. 25), mientras que en América Latina el tema tiene relevancia a partir de la independencia de los imperios coloniales. Sin embargo, la historia latinoamericana precolombina ofrece formas de organización del poder muy diferentes y sofisticadas. Cuando Cortés y Pizarro llegaron al continente, no se enfrentaron con pequeños grupos sociales organizados en tribus, sino con los grandes imperios maya, azteca e inca.

Según el antropólogo brasileño Ribeiro (RIBEIRO, 1975, p. 115), se trataba de teocracias fundamentadas en el culto del Sol y con una sofisticada estructura social, económica y cultural. La estratificación social en tres grandes grupos (la aristocracia dominante de sacerdotes, burócratas y militares; la clase intermedia de artesanos y comerciantes; y el campesinado rural), con al vértice el rey o el inca, fue el resultado de las avanzadas técnicas de irrigación, que permitían una producción agrícola en surplus, que sustentaba las clases no productivas.

1003

Al tiempo de la conquista, en el actual México, la confederación azteca había alcanzado lo máximo de su desarrollo. El Tenochtitlán dominaba los otros dos territorios confederados, Texcoco y Tlacopan. Los Aztecas se creían el pueblo del Sol, que adoraban en sus varias formas, benignas y malignas, incluso con los sacrificios humanos propiciatorios. El mismo culto representaba el elemento común entre los varios pueblos mesoamericanos. La organización territorial de cada territorio confederado preveía la subdivisión en entidades descentradas con su propia burocracia. En cambio, en el actual territorio de Guatemala, la civilización maya estaba en su fase descendiente, así que fue más fácil por los conquistadores españoles substituirse a la clase dirigente local.

En las Andes, el imperio inca era probablemente uno de los más grandes y florecientes imperios al mundo, destinado a unificar todo el subcontinente americano. Se trataba de una teocracia bajo la figura sacra del inca, el hijo del Sol. Abajo del inca, la aristocracia hereditaria dirigía y controlaba los cargos inferiores, ocupados por sacerdotes, funcionarios

y jefes militares. El inca era formalmente el “propietario” de todo el imperio, pero en realidad no existía el concepto de propiedad privada. El campesinado era organizado en ayllus, comunidades solidarias que trabajaban la tierra y pagaban tributos a las clases más altas no productivas en forma de surplus agrario y fuerza-trabajo para la realización de obras públicas. Existía el servicio común (la minka), pero no la esclavitud. Se trataba de una forma de Estado absolutista colectivista y descentralizada. Fueron las divisiones internas en la alta nobleza (en particular la rivalidad entre los dos hermanos incas del Cuzco y de Quito) la causa del fracaso del imperio frente al pequeño grupo de conquistadores encabezados por Pizarro (PORTAL CABELLOS, 2011).

1004

La experiencia de la colonización ha influenciado inevitablemente la estructura social y económica de los pueblos originarios. En primer lugar, en razón del genocidio perpetrado por los europeos. Los estimados mas recientes sobre el nivel de población del continente antes de la colonización hablan, excluyendo el área norteamericana, de una población de alrededor 70-88 millones de personas, que en menos de un siglo disminuyeron hasta 3,5 millones (RIBEIRO, 1975, p. 116; DUSSEL, 2014, p. 19 ss.), debido tanto a las epidemias y enfermedades, como a los maltratos, la esclavitud y la expulsión de sus territorios. El genocidio no fue sólo físico, sino cultural. El proceso de asimilación impuso a la población sobreviviente al exterminio, de abandonar sus tradiciones, cultos, practicas, creencias, que sólo en algunos casos sobrevivieron, entremezclados con la cultura católica occidental (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140). Finalmente, la exportación del concepto de propiedad privada y, en algunos casos, de la esclavitud (desconocido en la sociedad inca), substituyó un sistema económico basado en la gestión comunitaria de las tierras con un modelo mercantilista-capitalista de explotación colonial, transformando esos pueblos en proletariado externo de la economía metropolitana (europea). El desarrollo de una civilización se volvió la causa del subdesarrollo permanente de otras.

La colonia no sólo afectó la historia de los pueblos indígenas y de sus derechos denegados (§ 3), sino que ha influenciado de modo indeleble influenciado las relaciones entre América Latina, Europa y Norteamérica

después de la independencia, creando un vínculo de subordinación crónica, de la cual la historia del Estado en América Latina guarda rastro, tanto en su modelo económico, cuanto en la instrumentalización de los valores liberales durante la Guerra Fría (§ 4). En cuanto a lo económico, la tendencia globalizadora del capitalismo ha atribuido a América Latina desde la conquista el rol de periferia respecto al centro europeo-norteamericano, que América Latina ha mantenido aún después de la independencia, construyendo su economía sobre la producción y exportación de materias primas que el norte le devuelve en forma de productos acabados a precios superiores (GALEANO, 2018). Las tentativas de vencer los factores sociales y económicos internos que impiden la transición hacia la etapa siguiente del desarrollo han sido y siguen siendo obstaculizados por el control político y financiero del centro y la estructura misma de la economía de mercado, que se fundamenta sobre la existencia de relaciones desiguales entre formas de producción y de comercio (AMIN, 2011).

Sin embargo, hay pequeñas señales en contratendencia respecto al neocolonialismo. De un lado, y a pesar del fracaso de la Unión Soviética y de la evolución *sui generis* de la forma del Estado de China, el Caribe alberga uno de los últimos estados socialistas, que recién ha sufrido relevantes mutaciones con el proceso constituyente culminado con la adopción de la nueva Constitución cubana de 2019 (§ 5). Del otro lado, basándome en algunos tratos peculiares del constitucionalismo andino más reciente, he propuesto de considerar una nueva categoría de forma del Estado, el Estado del cuidado o del buen vivir, que, a pesar de ser todavía una tarea incumplida, representa una innovación jurídica y una forma emancipadora de concebir la institucionalidad desde abajo, valorizando los aportes de las culturas autóctona, originaria, afro, mestiza (§ 6).

1005

Vamos a profundizar un poco más cada categoría.

3. Los legados del colonialismo, aún después de la independencia: la cuestión indígena y el caudillismo

Desde una perspectiva no etnocéntrica de la historia del derecho, hay que recordar, entre las revoluciones que hallaron el camino del constitucionalismo en el mundo se realizó en el Caribe. Es la revolución

haitiana, empezada en 1791, que en 1804 llevó a la declaración de independencia de la parte francófona de la isla (MARQUARDT, 2016, p. 159), con un documento en el cual los principios de libertad, igualdad y hermandad de la revolución francesa fueron por primera vez concretamente actuados, superando las exclusiones de género y de raza que caracterizaron el constitucionalismo europeo y norteamericano en su primer siglo de vida (GARAY MONTAÑEZ, 2014). De hecho, el comandante en jefe Jean-Jacques Dessalines, un ex esclavo que lideró la revuelta y luego fue nombrado primer Gobernador general, se dirigió al pueblo de Haití llamando a los “ciudadanos indígenas, hombres, mujeres, niños y niñas” a defender para siempre la libertad conquistada en contra de los “barbaros” que les habían puesto en esclavitud.

Si bien que el constitucionalismo en América Latina se afirma, como venimos de describir, a través de procesos de independencia, sería un equivoco pensar en levantamientos nacionalistas, en cuanto “en América se sublevaron europeos contra europeos” (MARQUARDT, 2016, p. 162). El campesinado y los pueblos indígenas en su mayoría no participaron en esta fase, liderada por la élite local criolla, que, en cuanto a la forma del poder, se limitó a substituir el principio monárquico con aquel republicano. De allí, la clave interpretativa del caudillismo para entender las desviaciones de la forma de gobierno presidencial en el continente.

A pesar de las nuevas Constituciones liberales, la debilidad de las instituciones y la extrañeza de la mayoría rural del pueblo a los movimientos de liberación contribuyeron al mantenimiento de formas feudales o “mafiosas” del poder, donde el caudillo dominaba tanto debido a la fuerza como gracias a la lealtad de otros caudillos locales o de la población que obtenía de esta relación protección o favores (ZANATTA, 2017, pp. 50-51). El caudillismo expresa un sistema de relaciones de poderes que es substancialmente pre-estatal o para-estatal, como la mafia en Italia, pero que, en cambio, en América Latina llega en algunas ocasiones a coincidir con una forma autocrática del Estado. Se podría, entonces, afirmar que la crisis de la democracia que experimentó el continente en ese periodo no fue tanto debido a “fallas relacionadas con la construcción técnica de las respectivas normas supremas, sino

primordialmente en desarrollos y retroalimentaciones dentro de las sociedades” (MARQUARDT, 2016, p. 429).

El caudillismo, como forma de ejercicio del poder hoy en día, a lo mejor se inserta en el medio entre el concepto de forma de Estado y de forma de gobierno, en cuanto no se identifica con algunos valores específicos y elude los órganos representativos e intermedios en una relación directa entre jefe de Estado y ciudadanos. Dentro de este esquema, una concentración del poder de larga duración en la misma persona no es un presupuesto constitutivo, sino un efecto eventual, de esta organización del poder. De hecho, la personalización del poder es un fenómeno conocido tanto en América Latina como en Europa, aún de forma democrática, si bien esto nunca aparezca en consideración de la prevalencia de la forma de gobierno parlamentaria en el viejo continente. Hay varios ejemplos donde la misma persona se ha quedado en la cúspide del poder por un largo tiempo, como Ángela Merkel, Helmut Kohl, Tony Blair.

1007

Contrariamente a lo que se asume, desde el primer periodo del constitucionalismo liberal, prácticamente toda América Latina incluía en la Constitución una clausula de prohibición a la reelección, para contrastar la figura de la herencia del poder, típica del periodo monárquico colonial. Esta uniformidad ha sido interrumpida en la última década con varias reformas constitucionales, en el marco de democracias progresistas de izquierda, donde los jefes de Estado estaban convencidos que para fortalecer los logros sociales fuese necesario asegurar su permanencia en el poder, debido al sustento popular que gozaban. Así que la reelección indefinida ha aparecido en Nicaragua y Venezuela; una interpretación rara, avalada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, de la cláusula de limitación de la reelección *ex art.* 168 Const. Bolivia ha generado el golpe de Estado del 2019; y la prohibición a la reelección apareció en Ecuador en 2015 para desaparecer nuevamente en 2017, luego de fuertes protestas.

México representa un caso raro de combinación del uno y del otro modelo, en cuanto aún dentro de un ordenamiento que desde 1917 prohíbe la reelección inmediata al cargo presidencial, se ha producido la

perpetuación al poder del candidato presidencial del mismo partido (Partido Revolucionario Institucional - PRI) hasta el 2000.

La recepción del constitucionalismo liberal en el contexto colonial latinoamericano ha dejado abierta la cuestión del rol de los indígenas dentro de las nuevas instituciones. La cuestión indígena define el tipo de relación que el Estado instaaura con la parte de la sociedad constituida por descendientes de las antiguas poblaciones que vivían en el continente antes de la conquista. Influye sobre el concepto de “forma de Estado”, en cuanto cuestiona el concepto mismo de Estado-Nación, sobre el cual se construye la doctrina política y constitucional europea a partir del siglo XVII.

Cuando la Corona española instauró su dominio sobre los territorios americanos se puso el problema de su legitimación, es decir de cómo justificar la forma de apropiación de bienes, y sobre todo de explotación humana de las poblaciones locales, al respecto de una tradición cultural y jurídica que se proclamaba humanista y católica.

1008

Las distintas posiciones se pueden resumir en las tesis apoyadas por Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas en el Consejo de Indias de Valladolid (1550-1551) y en las de Francisco de Vitoria. El primero apoyaba la idea que los indios eran seres humanos inferiores, paganos y barbaros en sus costumbres, así que se justificaba totalmente tanto su sumisión como su exterminio. El segundo, en cambio, denunciaba como totalmente ilegítimo el maltrato de los indígenas, tanto desde una perspectiva cristiana como siguiendo el razonamiento clásico aristotélico sobre el concepto de “barbaros”. Por fin, Vitoria tenía una tesis mediana, que de un lado consideraba al indio como persona, y por consecuencia le atribuía el estatus de sujeto del rey, con algunos privilegios de tutela; del otro, justificaba el imperialismo español bajo la libertad de movimiento y de comercio y la necesidad de evangelizar a los indígenas para la salvación de sus almas.

La prevalencia de esta última posición explica porque en el derecho indiano, es decir el derecho aplicable en las colonias, al principio los indígenas mantuvieron la posibilidad de aplicar sus propios usos y

costumbres en las relaciones internas, si no contrarios al derecho natural y cristiano, así como definitivamente establecido en la Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias del 1680 (GIRAUDO, 2012, p. 19 ss.). Aún la Constitución de Cádiz de 1812 proclamó la igualdad entre todos los “españoles”, incluidos los indígenas. Esta situación explica también porque, a diferencia que en los Estados Unidos, en las Constituciones de la independencia los indígenas, en aplicación del principio de igualdad, fueron considerados ciudadanos, con la consecuencia que frente a ellos se implementó una política de homogeneización cultural, a través de la educación según modelos occidentales, de la imposición del idioma castellano, de la redistribución de tierras, sin tomar en cuenta el modelo de posesión comunal típico de las comunidades indígenas, y del desconocimiento del derecho propio (MARQUARDT, 2016, p. 201 ss.). Se implementó un proceso de integración tramite asimilación, conocido también como el proceso de “blanquear” el indio, como forma de rechazo de su “otredad”.

La cuestión indígena retoma un lugar protagónico en el escenario político y constitucional sólo en el siglo XX, con el proceso de descolonización apoyado por las Naciones Unidas a partir de la resolución 1514 de 1960, que invita los Estados imperialistas a implementar procesos de autodeterminación de las poblaciones que todavía viven bajo dominación colonial. Sin embargo, América Latina, independiente desde hace más de un siglo, formalmente ya no se encuentra en esta situación, a pesar de que la relación Estado-pueblos indígenas nunca se haya leído en la historia del continente desde este ángulo visual. Además, ese periodo corresponde a graves crisis económicas e institucionales que llevan al poder, en varios Estados dictatoriales o regímenes autoritarios.

La agenda internacional sigue comprometida con la cuestión indígena, hasta la adopción del Convenio OIT n. 169 del 1989 sobre los derechos de los pueblos indígenas. El influjo de este convenio se puede ver en la ola del nuevo constitucionalismo latinoamericano de los noventa, donde las nuevas Constituciones por primera vez reconocen amplios derechos colectivos a los pueblos indígenas.

Otra etapa fundamental a nivel internacional es la creación del foro permanente para las cuestiones indígenas en 2000 y la firma de la declaración de las NN.UU. sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007, a pesar de su naturaleza no vinculante, en cuanto a la declaración han adherido con el tiempo también Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos de Norte América. Los logros a nivel internacional adelantan los éxitos de la nueva estación constituyente abierta en 2008 y 2009 por Ecuador y Bolivia y la reforma venezolana de 2009. Finalmente, el más reciente resultado conseguido es la aprobación, por parte de los Estados miembros de la OAS, de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016.

A pesar de que es difícil demostrar una relación de causa-efecto entre los pasos implementados a nivel internacional y las reformas constitucionales, es imposible negar que el clima internacional tendencialmente favorable a una solución a la cuestión indígena ha ayudado los procesos constituyentes internos. Sin embargo, varias opiniones críticas existen sobre la interpretación de esos documentos internacionales como expresión de una postura verdaderamente incluyente. En Perú, por ejemplo, la Constitución de 1993 no atribuye a los indígenas la cualidad de “pueblos”, para que no se ponga en peligro la unidad territorial en nombre del derecho a la autodeterminación que tanto el Convenio OIT como las Declaraciones ONU y OAS han incluido en su versión “soft” de autogobierno dentro del Estado soberano.

Ecuador y Bolivia han introducido en sus Constituciones el concepto de Estado plurinacional. Este concepto no cuestiona la soberanía estatal, pero implica una forma de descolonización del pensamiento jurídico, en cuanto rompe con el ideal del Estado-Nación europeo (MERINO, VALENCIA, 2018, p. 15 y p. 326). El elemento subjetivo del Estado ya no está caracterizado por la uniformidad de cultura, idioma, tradiciones y etnia; sino todo lo contrario, es un crisol de pueblos, con sus lenguas, culturas, costumbres, y todos participan en igual medida en la construcción de la identidad nacional estatal.

Desde un punto de vista científico, el Estado plurinacional representa una categoría subversiva respecto a las que se utilizan en ámbito

constitucional comparado, en cuanto se pone en la encrucijada entre la forma del Estado, su forma de descentramiento territorial y su sistema jurídico.

En cuanto a la forma del Estado, el Estado plurinacional adopta valores y principios de las cosmovisiones indígenas, como el *sumak kawsay* o el *suma qamaña*, que son reconocidos como objetivos de las políticas públicas, estatutos de derechos o principios interpretativos. De hecho, la forma del Estado es definida en Constitución al mismo tiempo “plurinacional” e “intercultural”, porque la plurinación requiere el reconocimiento igualitario de todas las comunidades que viven en el territorio del Estado, con sus propias tradiciones y culturas. El reconocimiento recíproco permite el diálogo entre pueblos y nacionalidades, que es el elemento determinante de la distinción frente al constitucionalismo (y al Estado) multicultural (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 150; GRIJALVA, JIMÉNEZ, 2012, p. 95; ACOSTA-MARTÍNEZ, 2009; PRADA ALCOREZA, 2014).

Otro principio fundamental, que descende necesariamente de los dos ya mencionados, es el participativo. Para que el diálogo se vuelva un carácter permanente del Estado plurinacional y un hábito mental para la solución de problemas y conflictos en la sociedad, hay que prever formas de participación no sólo en situaciones extraordinarias, como en los procesos constituyentes, sino más bien ordinarias, para la gestión día a día de los servicios básicos a los ciudadanos. Por esta razón, representación (de los pueblos indígenas en los órganos constitucionales) y participación (de los ciudadanos en el proceso de formación de las políticas públicas, en la programación del presupuesto, en los procesos de rendición de cuentas) son dos palabras-clave en el Estado plurinacional.

Desde la perspectiva de la organización territorial del Estado, las viejas categorías “Estado federal/Estado regional” se encuentran insuficientes para describir un fenómeno que, en abstracto, prevé la constitución de entidades cuya competencia está basada tanto en elementos territoriales (la residencia en un territorio) como personales (la pertenencia a pueblos o comunidades indígenas). Sin embargo, tanto en Bolivia como en Ecuador, el criterio territorial sigue siendo imprescindible para la creación de municipios, territorios o circunscripciones indígenas, en

detrimento de un modelo más fluido de organización local, que la nueva forma de Estado hubiera podido legitimar. La doctrina andina resalta que la plurinación como modelo de organización institucional es intrínsecamente débil, debido a que no ofrece soluciones a situaciones donde varios pueblos y comunidades viven en el mismo territorio (VALAREZO, 2009, p. 125).

1012

Por ende, el Estado reconoce la existencia de un orden jurídico que compite con las normas producidas por sus propias instituciones y que se legitima por fuera de la Constitución y del Estado, fundandose en la tradición ctónica. En principio, el Estado plurinacional rechaza el monismo jurídico a favor del pluralismo. El pluralismo jurídico cuestiona la categoría misma de Estado, siendo la unidad del sistema jurídico uno de los elementos constitutivos del Estado. La constitucionalización del derecho internacional, y en América Latina la convencionalización de la Constitución, habían puesto ya puesto sobre la mesa el problema de la legitimación de fuentes jurídicas producida fuera de la soberanía estatal. Sin embargo, el pluralismo jurídico pone problemas diferentes. En primer lugar, porque el Estado directa o indirectamente participa *pro-cuota* en la producción del derecho internacional o convencional. En cambio, está completamente excluido de la producción del derecho indígena. Además, la Constitución sigue manteniendo la *competenz-competenz*, es decir el poder de reconocer el derecho indígena, de subordinarlo a límites y de decidir sobre su compatibilidad con la Constitución debido a su órgano de interpretación (Corte constitucional o suprema); sin embargo, el derecho indígena sigue desarrollándose y aplicándose, a pesar de todo, aún del encarcelamiento de comuneros por el hecho de haber aplicado su propio derecho.

4. Las dictaduras anticomunistas como declinación de la forma de Estado autocrática

El modelo de estado totalitario, implementado en Europa por los nazistas¹, nunca llegó al continente, excepto por pequeños odiosos en-

1 Recuerda Hobsbawm que el Estado soviético nunca se pudo calificar como totalitario, siendo el disenso interno al mismo partido bolchevique un carácter intrínseco al sistema,

claves, donde criminales nazis escapados de Europa fueron acogidos por las dictaduras militares y autorizados a organizar comunidades arrianas de vida, aisladas del resto de la sociedad y utilizadas como centros de detención y tortura, como en el caso de Colonia Dignidad en Chile. En cambio, es necesario reflexionar sobre la forma del Estado que fue implementada en varios países, tanto del Cono Sur como de Centro América, durante las décadas de los '70 y '80, gracias al apoyo militar y financiero brindado a los dictadores, en muchas ocasiones trámite golpes de Estado, por la política exterior estadounidense, que consideraba América latina como una área geo-política estratégica en el periodo de la Guerra fría.

Se suele hablar de dictaduras, a pesar de que este concepto no aclara la forma del Estado implementada, sino se limita a describir un modo de ejercicio no democrático del poder (Schmitt, 1975). El origen del instituto es reconocido: el *dictator* romano era un instituto previsto en la República, como instrumento excepcional a utilizar en tiempo de crisis, una figura a la cual se delegaban temporáneamente todos los poderes, destinados a volver a sus legítimos titulares al final de la emergencia. En la doctrina de las formas del Estado, estas situaciones suelen ser incluidas en la clase de las autocracias. Pero, al igual que la democracia que hoy en día se considera en su sentido substancial, y no formal, es decir como un conjunto de valores que la califican; igualmente, las autocracias pueden ser calificadas de manera distinta, según los objetivos políticos a los cuales el Gobierno tiende. Para legitimar su poder, un gobierno autócrata puede inspirarse a particulares ideologías, que contribuyen a crear falsas justificaciones hacia el exterior, frente a los otros Estados soberanos, y hacia el interior, frente a los ciudadanos que no tienen ganas de oponerse al régimen o que abiertamente se implican con el poder.

1013

A lo largo del siglo pasado, América Latina experimentó largos periodos de dictaduras. Un resumen de lo ocurrido resulta en lo siguiente: en Guatemala, un régimen dictatorial se instaló desde 1954 hasta 1984, en medio una sangrienta guerra civil, desde 1978 a 1984 (y de 1985 hasta

y quedando la masa de campesinos en el vasto territorio de la Unión fundamentalmente desinteresado en las motivaciones teóricas de la revolución (Hobsbawm, 2010, p. 461).

1996 como conflicto de baja intensidad); en Nicaragua, de 1981 a 1989; en El Salvador, de 1980 a 1992; en Panamá, de 1968 a 1989; en Colombia, una guerra civil de 1960 hasta 2016. En el Cono Sur, se instalaron dictaduras militares en Chile de 1973 a 1990; en Argentina, de 1966 a 1970 y de 1976 a 1983; en Brasil, de 1964 a 1985; en Paraguay, de 1954 a 1989; en Perú, de 1968 a 1975, y de 1975 a 1980; en Uruguay, de 1973 a 1985; en Bolivia, de 1971 a 1978 (ZANATTA, 2017, p. 169; DE GIUSEPPE, LA BELLA, 2019, p. 245).

Las claves para entender este fenómeno son varias. Desde lo económico, la política de desarrollo aplicada a una situación difusa en el continente de países productores de materias primas brutas e importadores de productos finales manufacturados, con una balanza de pagos siempre en deficit. Desde lo político, una clase dirigente comprometida en la defensa de los altos ingresos de la élite burguesa antisocialista, liberal frente al mercado, pero no liberal en cuanto al reconocimiento de derechos de minorías o derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, desde lo internacional, la doctrina Truman de 1946 sobre la seguridad nacional tuvo como consecuencia que América Latina fuese considerada una extensión territorial de los Estados Unidos.

“La guerra fría suministró el contexto global de un anticomunismo patológico” (CALLONI, 1999, p. 17), sobre todo después del éxito de la revolución cubana, que representó un modelo inspirador para muchos grupos marginalizados, que organizándose en guerrillas, según la doctrina guevarista, se oponían al *estatus quo*, para lograr reconocimiento, equidad y reformas económicas y sociales en todos los países latinoamericanos. La política estadounidense de apoyo estratégico y material a cualquier tipo de régimen que se opusiese a la amenaza roja² perduró a lo largo del tiempo, hasta cuando los EE.UU. se dieron cuenta que era mucho mas fácil utilizar la leva económica a cargo de el Fondo Monetario Internacional

2 En Guatemala, los EE.UU. apoyaron la dictadura tanto por razones políticas, cuanto económica. Se trataba de proteger el monopolio de la multinacional United Fruit, amenazado por la política del entonces presidente Jacobo Árbenz Guzmán: cfr. Portillo Valdés, 2016, p.175.

y el Banco Mundial. El fracaso de la Unión Soviética determinó también el definitivo abandono del apoyo a esos regímenes y su pronta derrota. Mientras tanto, fieles al mandato de la Doctrina de Seguridad Nacional, los ejércitos se convirtieron en gendarmes de la “frontera ideológica”.

Este pedazo de historia latinoamericana no ha sido abordado desde el ángulo visual de la forma del Estado, a pesar de que los regímenes militares de la segunda década del siglo XX, aún con diferentes matices a lo largo del continente, proporcionan algunas características propias. Es decir, no se limitan a concentrar el poder en los militares, sino que implementan una precisa cuanto desviada teoría del Estado, con fines específicos y una atenta planificación de los medios para cumplirlos.

En primer lugar, actuaban según una común visión: “[...] la Doctrina de Seguridad Nacional. Esta variante mantuvo la idea de que a partir de la seguridad del Estado se garantizaba la de la sociedad. Pero una de sus principales innovaciones fue considerar que para lograr este objetivo era menester el control militar del Estado. El otro cambio importante fue la sustitución del enemigo externo por el enemigo interno” (LEAL BUITRAGO, 2003, pp. 74-75; DINGES, 2004). El enemigo externo era el comunismo internacional, que al interior se transformaba en cualquier persona o grupo que se oponía a los principios de la defensa de la patria y de los valores cristianos y de la tradición nacional.

1015

En segundo lugar, este desviado intento de defensa democrática debía realizarse por cualquier medio y a cualquier precio. Los militares, con golpes o en apoyo a gobiernos civiles, se autoproclamaban defensores de este orden social, amenazado por los insurgentes de izquierda, legitimando el terrorismo de Estado como instrumento de disuasión frente a los rebeldes en nombre de la democracia. Las dictaduras soberanas no se impusieron para derrotar el régimen anterior, e instaurar un nuevo orden, sino se identificaban frente a sus pueblos como los defensores de los valores liberales y democráticos³. Pinochet, después del golpe de Estado que

3 Con la única excepción de Guatemala, donde la Constitución de 1945, anterior al golpe de Estado del coronel Carlos Castillo Armas, había puesto los fundamentos de una forma de Estado social, que fue interpretada como pródromo del comunismo.

lo llevó al poder, adoptó una nueva Constitución que, sin embargo, en su parte dogmática, no tenía nada de distinto al respecto de las anteriores Constituciones liberales chilenas.

Finalmente, esta visión del rol del Estado y de los militares no fue un caso aislado, sino se volvió en un objetivo de política internacional, logrado por acuerdos secretos entre distintos países del continente. La manifestación más evidente de una consciente adhesión a una visión ideológica del Estado y de la sociedad inspirada por el anticomunismo fue el llamado Plan Cóndor, reconocido como una verdad histórica y judicial, a partir del caso decidido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos *Goiburú y Otros versus Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006)⁴.

1016

En su voto razonado, el juez Cançado Trindade recuerda como “los históricos *Informes Finales* tanto de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación (de Chile, 1991, el llamado *Informe Rettig*) como de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (de Argentina, 1984) confirman la existencia de la coordinación represiva de los servicios secretos de los países del Cono Sur que vino a ser conocida como ‘Operación Cóndor’”. Él se pregunta también como se puede considerar una tal distorsión de los fines del Estado, enmarcando el discurso en la categoría jurídica que venimos de profundizar. El juez Cançado Trindade la define como “una política estatal de exterminio, caracterizada por el encubrimiento de las operaciones transfronterizas de ‘contra-insurgencia’ por parte de escuadrones de la muerte (detenciones ilegales o arbitrarias, secuestros, tortura, asesinatos o ejecuciones extrajudiciales, y desapariciones forzadas de personas). Los Estados participantes la dotaron de una

4 En particular, véase los puntos 61 del fallo. Contundente la definición incluida en el documento secreto citado en el apartado 61.8: “‘Operación Cóndor’ es el nombre en clave de un acuerdo de cooperación para recopilación, intercambio y almacenamiento de datos de inteligencia concernientes a los llamados ‘izquierdistas’, comunistas y marxistas establecido recientemente en cooperación entre los servicios de inteligencia de América del Sur para eliminar las actividades terroristas marxistas en el área. Adicionalmente, la ‘Operación Cóndor’ mantiene operaciones conjuntas contra blancos terroristas en los países miembros de la ‘Operación Cóndor’. Chile es el centro de la ‘Operación Cóndor’ y, además de Chile, incluye como miembros a Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay”.

estructura paraestatal —siguiendo una política criminal de Estado—, que posibilitaba a los detentores del poder público ocultar las atrocidades y evitar la aplicación del Derecho Internacional y las garantías de los derechos humanos, con total irresponsabilidad e impunidad”⁵. Se trató de una desviación voluntaria del Estado de derecho hacia el emprendimiento del terrorismo de estado.

A nivel nacional, quizás el caso más evidente de reconocimiento del Plan Cóndor, no solamente como forma del Estado, sino también como un crimen de Estado, es el de Argentina, con el Expediente 13.445/1999, que ha constituido el inicio de procedimientos judiciales que llevaron en 2004, a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final, y en 2016 a sentencias firme de condena por varios imputados (CELS).

A pesar de no ser reconocida como tal en ningún manual de derecho constitucional, la forma de Estado anticomunista implementada por varios países latino-americanos del cono sur entre los setenta y ochenta del siglo pasado (y luego en Centro América, en los ochentas y principio de los noventas), es quizás, junto con la forma totalitaria nazi, la única a tener un reconocimiento jurisdiccional de su naturaleza.

1017

5. La forma de Estado socialista de derecho en Cuba

La doctrina constitucional y comparada suele clasificar Cuba como uno de los últimos ejemplos de forma de Estado socialista. El núcleo central de esta afirmación no puede ser denegado. Sin embargo, desde una perspectiva histórico-comparada, algunos matices y aclaraciones merecen ser subrayados.

En primer lugar, volviendo al inicio de la historia, y en particular a los albores de lo que devendrá en la revolución exitosa de 1959, no hay una clara elección hacia el comunismo. La revolución cubana inicialmente fue nacionalista y reformista, mientras que sólo en 1961 Fidel Castro dio vuelta a la nación hacia el bloque socialista (PORTILLO VALDÉS, 2016, p. 176; Villabella Armengol, 2008, p. 34). Formalmente, sólo en

5 Apartado 51.

1975 se puso fin al largo proceso de construcción de la nueva estatalidad cubana, con la celebración del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, donde se optó por el marxismo-leninismo como ideología informadora del Estado y de la sociedad.

En cuanto a la visión de Guevara, es notorio como el pensamiento del comandante representaba una tercera vía tanto frente a la versión soviética, como a aquella maoísta, fundamentada en la idea que la revolución comunista sólo podía realizarse estimulando una transformación moral de cada persona en un hombre nuevo, y no por el trámite de incentivos económicos⁶. El conflicto ideológico entre el Che y Fidel fue una de las razones por las cuales Guevara abandonó la isla del Caribe para apoyar su proyecto internacionalista y tercermundista de liberación de los pueblos oprimidos.

1018

Superada esta primera fase de ajuste, la forma del Estado cubana se enmarca en el cuadro de la familia socialista bajo el modelo soviético. La Constitución revolucionaria de 1959 deja el paso a la de 1976, donde aparecen los elementos típicos del constitucionalismo de matriz socialista (GUZMÁN HERNÁNDEZ, 2015, p. 254). En su preámbulo, la Constitución recorre las etapas históricas que llevaron a la independencia y afirmación del Estado socialista, proclamando como objetivo la edificación de una sociedad comunista; se mencionan los héroes de estas luchas, Martí y Fidel Castro (pero no Guevara), y se da cuenta del apoyo recibido por la Unión Soviética.

El art. 1 proclama que “La República de Cuba es un Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales”. Se reconoce al pueblo trabajador la titularidad del poder, pero al mismo tiempo se identifica el Partido Comunista de Cuba como su fuerza dirigente, subordinando la actividad de todos los funcionarios y dirigentes públicos al principio de la legalidad socialista. Se proclama

6 “No puede existir socialismo si en las conciencias no se opera un cambio que provoque una nueva actitud fraternal frente a la humanidad, tanto de índole individual, en la sociedad en que se construye o está construido el socialismo, como de índole mundial en relación a todos los pueblos que sufren la opresión imperialista”: Guevara, 1965.

la adhesión a los principios de la economía planificada (“art. 14. En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basada en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la explotación del hombre”) y por supuesto la naturaleza estatal de la propiedad, excepto la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras y otros medios e instrumentos de producción, la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven par la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. Asimismo, se garantiza la propiedad sobre medios e instrumentos de trabajo personal o familiar que no se emplean para explotar el trabajo ajeno (art. 20 ss.).

Las libertades civiles (como las de palabras y prensa) y los demás derechos deben ser ejercidos conforme a los fines de la sociedad socialista (“Art. 61. Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible”). En la organización de los órganos del Estado rigen los principios de la democracia socialista, la unidad de poder y el centralismo democrático (art. 66).

1019

La Constitución sufre algunas reformas en 1978, 1992 y 2002, las últimas necesarias a enfrentar la nueva situación geopolítica derivada del fracaso de la Unión Soviética y así de la pérdida del más fuerte aliado de Cuba en su lucha contra el capitalismo y el imperialismo estadounidense (GUZMÁN HERNÁNDEZ, 2015, p. 258; NOGUERA FERNÁNDEZ, 2019, p. 364 y 394). Sin embargo, es con el proceso constituyente de 2019 que se prometen interesantes transformaciones en la forma de Estado socialista “à la cubaine”.

Algunos comentaristas han destacado el rol de la participación popular al proceso constituyente (Sciannella, 2020, pp. 572 ss.); en cambio, otros han opinado para un modelo participativo de fachada, en consideración de la iniciativa desde arriba, del corto plazo destinado a la consulta popular y del mínimo impacto de la participación sobre el texto final (Mastromarino,

2020, p. 476). De hecho, la doctrina constitucional comparada señalaba desde tiempo como algunas formas de participación popular en los procesos constituyentes o de reforma constitucional (debate o consulta pública; referendo aprobatorio, en algunos casos) fuesen un elemento propio de la tradición constitucional de corte socialista y de la doctrina del Estado leninista, a pesar de que la participación popular en el socialismo nunca hubiera podido substituir el rol guía del Partido Comunista (LENIN, 2003, p. 130; BISCARETTI DI RUFFÍA, CRESPI REGHIZZI, 1979, p. 85; Bagni, 2017, p. 266 ss.). Así que, desde este perfil, Cuba no innova en el principio, sino, a lo mejor, en la calidad de la participación, aún gracias a la utilización masiva de los medios de comunicación virtuales.

1020

El 2 de junio de 2018 se crea en el seno de la Asamblea Nacional de Poder Popular (ANPP) una Comisión de 33 diputados, con el objetivo de preparar un anteproyecto, que viene presentado a la Asamblea el 21 y 22 de julio de 2018. A partir de este momento, el texto se publica en Internet y se abre una fase de consulta popular, entre agosto y noviembre 2018, que realiza 133 mil reuniones, con alrededor de 9 millones de participantes, 1 millón 700 mil intervenciones, 783 mil propuestas recibidas⁷. Se ha calculado que cerca del 60% del texto original haya sido modificado (con modificaciones más o menos formales): “Los planteamientos y criterios emitidos en numerosos espacios de consulta, que incluyeron lo microcomunitario y vecinal, centros laborales y estudiantiles lograron que 134 artículos fueran modificados, lo que representó casi el 60 por ciento, 3 artículos se eliminaron y 87 continúan intactos: después de que la comisión redactora realizara 760 cambios (desde una palabra o frase, hasta párrafos o artículos completos) el Proyecto Constitucional quedó con 11 Títulos, 24 Capítulos, 18 Secciones (dos más), 229 Artículos (cinco más) y el preámbulo con ocho párrafos modificados” (FABELO, 2019).

El texto final fue aprobado por la Asamblea en diciembre 2018 y sometido a referendo el 24 de febrero de 2019, con una participación del 90% de los titulares del derecho de voto y el 86,85% entre ellos de favorables.

7 Los datos reportados corresponden a los difundidos por el órgano oficial del Comité central del Partido comunista de Cuba Granma.cu.

Como ya pasó en China, el constitucionalismo socialista está incorporando algunos rasgos ajenos a su historia, debido, en lo económico, a las crisis energéticas, de la producción mundial y al aislamiento del modelo económico socialista respecto al fenómeno del capitalismo globalizado; en lo político y cultural, a la presión internacional, sobre todo frente a la garantía de los derechos humanos.

El preámbulo de la nueva Constitución se presenta posiblemente más conforme a la tradición socialista que en la versión precedente, con llamados más explícitos a la ideología comunista, así como asentada por la elaboración del mismo líder cubano Castro. En cambio, a lo largo del texto florecen varias innovaciones, que tienen en el papel una potencialidad transformadora de la forma de Estado socialista, que no por casualidad se define “Estado socialista de derecho y justicia social”.

Del lado del “Estado de derecho” hay algunas normas relevantes. En primer lugar, se proclama la Constitución como “norma suprema del Estado”, que todos están obligados a cumplir (art. 7). En segundo lugar, se reconoce expresamente el goce y el ejercicio de los “derechos humanos”⁸ a cada persona, con cumplimiento obligatorio para todos. Esta previsión se completa con la incorporación de los tratados internacionales en el orden jurídico estatal, en posición subordinada a la Constitución (art. 8). Además, desaparece el límite al goce de derechos ejercidos contra la existencia y fines del Estado socialista, o contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. Ahora, sólo son límites “los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes” (art. 45). Finalmente, se constitucionalizan garantías procesales antes sólo previstas por ley, como el habeas corpus; se introduce una forma de amparo (art. 99), aún si la identificación de los derechos amparables sea remitida a una ley sucesiva; se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 92) y al debido proceso (art. 94).

8 “Art. 41. El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos”.

A pesar de que el control de constitucionalidad se queda en la Asamblea popular (art. 108, let. e), el reconocimiento de la superioridad jurídica de la Constitución y de su obligatorio cumplimiento por parte de todos los poderes públicos podría, teóricamente, abrir la puerta a un ejercicio difuso del control por parte de los tribunales (Prieto Valdés, 2019, p. 59), en un contexto latinoamericano donde esta interpretación prescriptiva ha sido largamente apoyada, aún a nivel del sistema interamericano de los derechos humanos.

La comparación con el constitucionalismo con tinta china (PEGORARO-RINELLA, 2017, p. 181) es atractivo. En 2004, la nueva Constitución de China afirma que el país es “un país socialista bajo la *rule of law*” (art. 5); que cada acto normativo está subordinado a la Constitución; y que cada uno, individuo o colectivo, sujeto público o privado, debe cumplir con la Constitución. El art. 51 define los límites al goce de derechos: “Los ciudadanos de la República popular de China, en el goce de sus libertades y derechos, no pueden atentar a los intereses del Estado, de la sociedad o del bien colectivo, o a las libertades y a los derechos de otros ciudadanos”. Igualmente, China proclama su adhesión a los derechos humanos.

1022

La apropiación del tema de la garantía de los derechos humanos por parte de ambos Estados debe ser leída en la óptica de un acercamiento formal a los pedidos de la comunidad internacional. De hecho, el principio fundamental sobre el cual toda la construcción se basa es la inviolabilidad de la elección del sistema socialista (art. 1.2 Const. China; art. 4.3 Const. Cuba), como no podía ser de otra forma. Sin embargo, el más amplio reconocimiento de garantías procesales en la Constitución cubana destaca respecto al precedente chino.

En cuanto a la constitución económica, las innovaciones son importantes, pero no nuevas en absoluto, en cuanto confirman o ratifican lo que ya venía realizándose por ley, otras fuentes o en los hechos desde la reforma de 1992 (NOGUERA FERNÁNDEZ, 2019, p. 376): el reconocimiento de la propiedad y libre iniciativa económica privada (incluso extranjera) como formas adicionales respecto a la propiedad socialista de todo el pueblo, a la propiedad personal y a la planificación de Estado (MORENO CRUZ, 2020, p. 45 y 61).

Finalmente, en cuanto a la forma de gobierno, se modifican órganos y estructura del poder, sin tocar en realidad la sustancia de su dirección unitaria por parte del Partido. Se introducen las figuras del presidente de la República y del Consejo de Ministros, pero la directa derivación de ambos de la ANPP no permite hablar de una forma de división de poderes, sino de una forma de distribución de funciones (PRIETO VALDÉS, 2020, p. 8). Lo mismo se puede decir respecto a la descentralización territorial en Provincias y Municipios. Lo que aparece como un eje-clave en la reforma de la Administración del Estado es la tensión hacia una mayor “transparencia” en su ejercicio (la palabra no aparecía en el texto anterior), para facilitar el derecho de los ciudadanos a la información y al control del poder.

El concreto desarrollo de la forma de Estado socialista cubana depende, como siempre, de la implementación que se realizará a futuro, tanto en relación con las numerosas leyes de actuación previstas en el texto, como respecto a la interpretación que las autoridades privilegiarán del dictado constitucional. Sin embargo, la nueva Constitución cubana representa un aporte original al estudio de esta forma de Estado.

1023

6. Nuevas pautas hacia el Estado del Cuidado

La última ola constituyente en América Latina se ubica en los procesos ecuatoriano y boliviano de 2008-2009. Varias reformas constitucionales han seguido en otros países, pero nunca en forma de revisión total de la Constitución. Al momento, Chile está empezando un proceso constituyente, que se desarrollará a partir de la elección de la Convención constitucional en abril 2021, durante los siguientes nueve meses (más tres eventuales de prórroga), según cuanto previsto con la ley de reforma constitucional n. 21200 del 23 de diciembre de 2019.

Ya hemos adelantado en el § 3 algunos aportes del nuevo constitucionalismo andino a la teoría de las formas del Estado, debido a un rol más protagónico de las comunidades indígenas en el debate político, que ha producido el reconocimiento de su subjetividad al apuntar el concepto de Estado plurinacional, entrelazado con el principio de interculturalidad y el reconocimiento del pluralismo jurídico.

En este último apartado, quiero subrayar otras contribuciones que vienen de la incorporación en Constitución de distintas formas de saberes y conocimientos, respecto a las tradicionales culturas blancas y mestizas que normalmente estaban a fundamento del constitucionalismo liberal-democrático⁹. En realidad, se trata de una tendencia que sí es sumamente evidente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, pero que ha encontrado distintos niveles de recepción también en otros ordenamientos latinoamericanos (jurisprudencialmente, en Colombia; con una parcial reforma constitucional, en Nicaragua) y también fuera del continente, en el espacio que se define hoy como el Sur global (de Sousa Santos, 2010).

1024

Las cosmovisiones de los pueblos ancestrales han entrado por primera vez en el ámbito de estudio del derecho, no como casos judiciales o estatutos personales, sino como un conjunto de valores incluidos en las Constituciones y en el bloque de constitucionalidad. Estas cosmovisiones se caracterizan por un distinto fundamento en las relaciones entre seres humanos y con la naturaleza. Hay una visión comunitaria, armónica y holística de la vida, que puede definirse también ecológica en sentido amplio (MESA CUADROS, p. 33): el hombre no está en el centro de la creación, sino se reconoce como parte de un Todo que lo incluye y del cual su vida depende. Además de producir el reconocimiento de los derechos indígenas, la recepción de estas cosmovisiones dentro del orden constitucional ha propiciado un giro ecocéntrico en el derecho, a partir de la naturaleza como sujeto de derechos (art. 71 Const. Ecuador), fomentando la creación de un programa específico de las Naciones Unidas sobre el cambio de paradigma cultural y científico de antropocéntrico a bío- o eco-céntrico¹⁰.

Además de la dimensión ecológica, la valorización del pensamiento y de los saberes indígenas lleva al redescubrimiento de la dimensión comunitaria de la vida, que se fundamenta en institutos como la minga y el ayllu, es decir el uso colectivo de las tierras, el trabajo en común, la

9 Intento aquí sistematizar y profundizar ideas, que ya vengo de presentar en Bagni, 2013, pp. 19-59.

10 <http://www.harmonywithnatureun.org>.

participación popular en la gestión de la vida comunitaria. Ninguno queda olvidado: la comunidad se hace cargo de las necesidades de cada uno.

Una concepción normativa de la forma del Estado implica identificar cuales valores y principios guían la acción del Estado frente a sus ciudadanos. La forma de Estado del cuidado considera estas dos visiones de la vida como valores a defender para lograr el bien común, asumiendo específicos compromisos frente a los miembros de su comunidad, de cumplir con estos objetivos de justicia social y ambiental. En ellas, hay tanto un fundamento antropológico como ecológico. El cuidado es un carácter intrínseco de la naturaleza humana. El mito del Cuidado, de origen romana pero recuperado en Occidente principalmente por Heidegger, nos recuerda que la contradicción de nuestra naturaleza dividida entre Cielo (espíritu) y Tierra (cuerpo) reside en el Cuidado. Al mismo tiempo, el mito nos concientiza sobre nuestra vulnerabilidad (MARCOS, 2016), en cuanto seres que viven y dependen de un entorno, constituido por otros seres, humanos y no humanos, y que se rige por reglas propias. Nuestra sobrevivencia depende de la capacidad de reconocer esta interdependencia (VIAFORA, ZANOTTI, FURLAN, 2007, p. 21) y de velar por la armonía y el equilibrio en las relaciones con los otros y con el ecosistema en el cual vivimos, en cuanto no existe un “yo” sin un “tú”.

1025

Sin embargo, en sí misma, la fundación teórica del Estado del Cuidado no expresa un criterio de elección para determinar la dirección hacia un “buen cuidado”, es decir cuales deben ser los principios-guía de la acción pública en la política legislativa y en la organización estatal. Es, precisamente, en la transposición jurídica del fundamento teórico que destacan los aportes de la cosmovisión indígena. En la dimensión ambiental, la acción estatal debe conformarse al mandato ecológico (GUDYNAS, 2009), es decir, respetar las reglas que garantizan el equilibrio entre y dentro los ecosistemas; en la dimensión social, de la primacía de la relacionalidad sobre la autodeterminación se desprenden los principios de interculturalidad, fraternidad y solidaridad.

Aprovechando las críticas que recibí desde la primera ocasión en que mis ideas hasta hoy, quiero desde ya aclarar que la forma de Estado del Cuidado no encuentra todavía actuación o cumplimiento completo

en ningún país. Se trata de semillas que han sido plantadas en primer lugar en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Allí han germinado sólo parcialmente, es decir, han producido un impacto limitado en sus instituciones, que conviven con contradicciones internas en la política de implementación y desarrollo de los fines del Estado. A pesar de todo esto, han generado debates públicos, empoderamiento de clases y grupos subalternos, toma de conciencia sobre alternativas posibles al *estatus quo*, tanto en América Latina como en el norte global, inspirando nuevos modos de pensar en el derecho (que es uno de los fines típicos de la comparación jurídica). Algunos autores latinoamericanos han hablado de un constitucionalismo transformador (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011).

Los críticos tienen campo abierto frente a la ausencia de transformaciones a nivel macro en estos países, y a veces frente a retrocesos, en lo político, en lo social, en lo económico, en lo ambiental. A pesar de que existen datos socio-económicos muy positivos a lo largo de la década que estas formas de Estado vienen de cumplir, tuvo la ocasión de afirmar que la crítica, en perspectiva jurídica, no me parece centrada (BAGNI, 2020, p. 2). De hecho, tampoco la implementación del modelo neoliberal de Estado del bienestar ha producido mejores resultados en los países del sur global; ni por esta razón se ha desmantelado el concepto de Estado liberal-democrático. Como juristas y constitucionalistas, desde el análisis de los textos normativos debemos extraer el deber ser, y defenderlo frente a sus violaciones, en cuanto una norma constitucional no muere por desuso.

En cuanto a la ausencia de algo original y distinto en el constitucionalismo andino, y por consecuencia en la forma de Estado del cuidado, frente al Estado del bienestar, a continuación intento contestar a este punto.

El Estado del Cuidado es el resultado del encuentro intercultural (entonces generador de nuevos conocimientos) entre las cosmovisiones ancestrales o pre-capitalistas (en todos los lugares del mundo, incluso en Europa - BAGNI, 2019) con las demás filosofías florecidas en el occidente, tanto el liberalismo de matriz ilustrada, como el socialismo y el comunismo. Ecuador y Bolivia intentaron, por primera vez de manera orgánica,

transformar sus Estados a la luz de este experimento cultural, pero pautas de aplicación parcial se encontraban ya antes, por ejemplo, en el sistema jurídico de África del Sur, o en la nueva Constitución de Bután de 2008. A pesar de que su origen pertenezca a ordenamientos jurídicos del sur, el modelo del Estado del cuidado no está georeferenciado, en cuanto quiere ofrecer una solución alternativa frente a las crisis globales actuales. Por ejemplo, recién he ilustrado cómo sus rasgos se encuentran en algunas sentencias del Conseil constitutionnel francés (BAGNI, 2018).

El 'Estado del bienestar' es un Estado burgués, en el sentido que se sitúa en el medio de un camino, en tensión entre mirar hacia atrás "de dónde se viene", y hacia delante, para convertirse en lo que se quiere ser. Se fundamenta en los principios de libertad, autonomía e igualdad. Por eso, exalta los derechos de libertad económica y de propiedad, como forma de empoderamiento personal, con el límite de su función social; garantiza los derechos sociales, como forma de redistribución del ingreso y expresión del principio de solidaridad vertical y horizontal, pero casi nunca esos derechos son reconocidos como deberes del Estado u obligaciones jurisdiccionalmente sancionables; incorpora los derechos ambientales, pero subordinados, o a lo mejor en balance, con los demás derechos; reconoce los derechos culturales a los grupos minoritarios, pero siendo asentado en el concepto de Estado-nación. Vive un conflicto continuo entre el concepto de ciudadanía como fuente de la titularidad de los derechos y la extensión de los derechos humanos como pertenecientes al ser humano como tal.

1027

El Estado del cuidado es mucho más radical, en el sentido que toma un posicionamiento preciso sobre los conflictos irresueltos en el Estado del bienestar, eligiendo la justicia social y la justicia ecológica como sus objetivos políticos.

El Estado del bienestar ofrece el desarrollo sostenible como clave para garantizar el crecimiento económico según el modelo capitalista de producción y de mercado, aceptando la posible alteración de las leyes ecosistémicas en la convicción que la tecnología pueda ofrecer mecanismos suficientes de mitigación. En cambio, el Estado del cuidado cumple con el mandato ecológico, es decir, parte de la idea que hay una necesaria

armonía dentro de todo lo que es viviente, a nivel individual, de especie, de ecosistema, y que las leyes naturales que regulan esta armonía (y que delimitan los *planetary boundaries*) deben ser el punto de partida para la construcción de un sistema jurídico y de un modelo de Estado.

El Estado del bienestar ha manejado la diversidad cultural con varios paradigmas, el último de los cuales es el multicultural, es decir se admite la convivencia en el mismo territorio de sistemas culturales, y a veces jurídicos, distintos; pero raramente se parte desde un plan igualitario entre culturas, privilegiando formas de solidaridad y *reasonable accommodation* desde arriba, o caso por caso. El Estado del cuidado adopta el paradigma intercultural, fundamentado en la práctica del dialogo entre pares, en el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario, en la interlegalidad (PAROLARI, 2020). El principio de fraternidad está por encima de la solidaridad, justificando el concepto de ciudadanía universal.

El Estado del cuidado es una evolución del Estado del bienestar, o quizás su cumplimiento, confirmando sus logros, pero re-interpretando uno de sus principios básicos, el de autonomía. Con el racionalismo, el mecanicismo y la revolución industrial el ser humano ha renegado de Dios y se ha puesto como individuo por encima de todo. Por supuesto, no se trata de recuperar formas de Estado teocráticas, pero si de replantear la cuestión de la naturaleza del ser humano, que está en la base de la forma de organización de la sociedad. Las crisis social, ambiental, climática, energética, sanitaria nos han recordado que somos vulnerables, en cuanto dependientes, para nuestra sobrevivencia, de los otros miembros de nuestra especie y parte de ecosistemas complejos. Por esto, el Estado del cuidado representa la única solución viable de organización de la sociedad humana que el planeta Tierra puede respaldar para salir de las actuales crisis de la era del antropoceno (o Capitaloceno, según otras perspectivas - MOORE, 2017) hacia el Ecoceno, una más deseada temporada, en vilico entre un nuevo futuro o un regreso al pasado (CARDUCCI, 2020).



Bibliografía

1. ACOSTA A., Martínez E. (cur.) (2009). *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Quito Abya Yala.
2. ÁLVAREZ CONDE E., Garrido Mayol V., Tur Ausina R. (2011). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
3. AMIN S. (2011). *Eurocentrism. Modernity, Religio, and Democracy: A Critique of Eurocentrism and Culturalism* (2° ed.). Fahamu et al.: Pambazuka Press.
4. ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala.
5. BAGNI S. (2013). Dal Welfare State al Caring State?. En S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna: Filodiritto, pp. 19-59.
6. BAGNI S. (2017). *Il popolo legislatore*. Bup: Bologna.
7. BAGNI S. (2018). "All you need [to compare] is love" revisited. *Comparative Law Review*, n. 9 (2), p. 54 ss.
8. BAGNI S. (2019). From the Andes to the EU: customary land law within the ecology of law. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 26, pp. 1-33.
9. BAGNI S. (2020). Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità. En *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, <https://www.robertotoniatti.eu/contributi/il-ruolo-delle-corti-costituzionali-tra-pluralismo-giuridico-plurinazionalita-e-interculturalita>, pp. 1-18.
10. BISCARETTI DI RUFFÍa P., Crespi Reghizzi G. (1979). *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'Urss*. Milano: Giuffrè.
11. CALLONI S. (1999). *Los años del lobo. Operación Condor* (2° ed.). Buenos Aires: Peña Lillo Ediciones Continentes.
12. CAMERLENGO Q. (2020). *Natura e Potere. Una rilettura dei processi di legittimazione democrática*. Milano: Mimesis.
13. CARDUCCI M. (2020). *Sulla (im)possibilità dell'ecocene*. Pubblicazioni del Cedeuam. <https://www.cedeuam.it/pubblicazioni/>.
14. CELS (n.d.). *Plan Cóndor. Una asociación ilícita para la desaparición forzada de personas*. <http://www.cels.org.ar/especiales/plancondor/#una-asociacion-ilicita-para-reprimir-opositores>
15. CORREA FREITAS R. (2013). *Derecho constitucional contemporáneo* (2 tomos, 4° ed.). Montevideo: FCU.

16. CUOCOLO F. (1994). *Forme di Stato e di governo*. En *Dig. Disc. Pubbl.* (vol. VI). Torino: Utet.
17. DE GIUSEPPE M., La Bella G. (2019). *Storia dell'America Latina contemporanea*. Bologna: il Mulino.
18. DE SOUSA SANTOS B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
19. DINGES J. (2004). *The Condor years: how Pinochet and his allies brought terrorism to three continents*. New York/London: The New Press.
20. DUHAMEL O., Tusseau G. (2016). *Droit constitutionnel et institutions politiques* (4^o éd.). Paris: Seuil.
21. DUSSEL E. (2014). *El Episcopado Latinoamericano y la liberación de los pobres 1504-1620*. Buenos Aires: Editorial Docencia.
22. FABELO R. (2019). Nueva Constitución en Cuba. Un camino de participación y aprendizajes colectivos. Rosa Luxemburg Stiftung, <https://www.rosalux.org.mx/articulo/nueva-constitucion-en-cuba-un-camino-de-participacion-y-aprendizajes-colectivos>
23. FIX-ZAMUDIO H., Valencia Carmona S. (2003). *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado* (2 ed.). México: Porrúa.
24. GALEANO E. (2018). *Le vene aperte dell'America latina*. Milano: Mondadori (tit. orig.: *Las venas abiertas de América latina*, 1976).
25. GARAY MONTAÑEZ N. (2014). La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: la cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político. *Historia Constitucional*, n. 15, <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 279-310.
26. GIRAUDO L. (2012). *La questione indigena in America Latina*. Roma: Carocci.
27. GRIJALVA JIMÉNEZ A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte constitucional para el Período de transición
28. GUDYNAS, E. (2009). *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya Yala.
29. GUEVARA E. (1965). *Discurso de Argel*. Argel, 24 de febrero de 1965. https://www.archivochile.com/America_latina/Doc_paises_al/Cuba/Escritos_del_Che/escritosdelche0077.pdf.
30. GUZMÁN HERNÁNDEZ T.Y. (2015). El procedimiento de reforma, la participación popular y las reformas de la Constitución en Cuba (1959-2002). *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, pp. 237-272.

31. HOBBSBAWM, E.J. (2010). *Il secolo breve. 1914-1991* (6ª ed.). Milano: BUR (tit. orig.: *Age of Extremes. The Short Twentieth Century 1914-1991*, Pantheon Books, 1994).
32. LANCHESTER F. (1990). *Stato (Forme di)*. En *Enc. Dir.* (vol. XLIII). Milano: Giuffrè.
33. LEAL BUITRAGO F. (2003). La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur. *Revista de Estudios Sociales* [En línea], 15 Junio 2003, consultado el 29 de diciembre de 2020. <http://journals.openedition.org/revestudsoc/26088>
34. LENIN I. (2003). *Stato e rivoluzione*. Milano: Edizioni Lotta comunista.
35. LÓPEZ GARRIDO D., Massó Garrote M.F., Pegoraro L. (coord.) (2017). *Derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
36. MARCOS A. (2016). Vulnerability as a Part of Human Nature. En A. Masferrer, E. García-Sánchez (eds). *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Cham: Springer.
37. MARQUARDT B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*. Bogotá: Ibañez.
38. MASTROMARINO A. (2020). La costituzione cubana del 2019 nel contesto del nuevo constitucionalismo latinoamericano: un dialogo regionale possibile?. *DPCE Online*, v. 42, n. 1, pp. 465-480.
39. MERINO R., Valencia A. (coords) (2018). *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Lima: Palestra.
40. MESA CUADROS G. (2018). *Ambientalismo popular*. Bogotá: Ediciones desde abajo.
41. MOORE J.W. (2017). Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria. Verona: Ombre Corte.
42. MORENO CRUZ M. (2020). La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano. *Revista Universidad de La Habana*, n. 289.
43. MORTATI C. (1975). *Istituzioni di diritto pubblico* (vol. I, IX ed.). Padova: Cedam.
44. NICOLINI M., Valdesalici A. (2014). La dottrina tedesca in tema di forma di Stato. *DPCE*, n. 2.
45. NOGUERA FERNÁNDEZ A. (2019). La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico. *Revista de Derecho Político*, N.º 105, mayo-agosto, pp. 361-396.

46. PALERMO F., Woelk J. (2000). La dottrina tedesca in tema di forma di Stato. *DPCE*, n. 2.
47. PAROLARI P. (2020). Taking interlegality seriously: some notes on (women's) human rights and the application of islamic family law in european countries. *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 28, pp. 1-16.
48. PEGORARO L., Rinella A. (2018). *Sistemas constitucionales* (vol. A). En L. Pegoraro, A. Rinella (coords), *Derecho constitucional comparado* (n. 2). Buenos Aires/Torino: Astrea/Giappichelli.
49. PINELLI C. (2009). *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato* (2ª ed.). Napoli: Jovene.
50. PORTAL CABELLOS M.J. (2011). *Oro y tragedia de los Incas* (2º ed.). Municipalidad de Cajamarca: Fondo Editorial.
51. PORTILLO VALDÉS J.M. (2016). *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México D.F.: El Colegio de México.
52. PRADA ALCOREZA R. (2014). *Desconolonización y transición*. Quito: Abya Yala.
53. PRIETO VALDÉS M. (2019). Las novedades de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 2019. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 17, 2019.
54. PRIETO VALDÉS M. (2020). La Constitución cubana de 2019: nuevos contenidos y necesidades. *Revista Universidad de La Habana*, n. 289.
55. RESCIGNO G.U. (1989). *Forme di Stato e forme di governo. I) Diritto costituzionale*. En *Enc. Giur.* (vol. XVI). Roma: Treccani.
56. RIBEIRO D. (1975). *Le Americhe e la civiltà. Formazione e sviluppo ineguale dei popoli americani* (vol. I). Torino: Einaudi (tit. orig.: *As Américas e a Civilização*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970).
57. ROMBOLI R. (a cura di). (2019). *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo* (vol. I). *Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici, i principi fondamentali e le istituzioni politiche* (III ed.). Torino: Giappichelli.
58. SAGÜÉS N.P. (2012). *Manual de derecho constitucional* (2º ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea.
59. SCHMITT C. (1975). *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*. Bari: Laterza.
60. SCIANNELLA L.G. (2020). Il principio di partecipazione popolare nella nuova costituzione cubana. *DPCE Online*, v. 42, n. 1, pp. 557-584.

61. VALAREZO G.R. (2009). *¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*. En A. Acosta, E. Martínez (cur.), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito: Abya Yala.
62. VIAFORA C., ZANOTTI R., FURLAN E. (a cura di) (2007). *L'etica della cura: tra sentimenti e ragioni*. Milano: Franco Angeli.
63. VILLABELLA ARMENGOL C.M. (2008). *Historia constitucional y poder político en Cuba*. La Habana: Ácana.
64. VOLPI M. (2016). *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo* (VI ed.), Torino: Giappichelli.
65. YRIGOYEN FAJARDO R.Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
66. ZANATTA L. (2017). *Storia dell'America Latina contemporanea*. Bari-Roma: Laterza.

Democrazia e “sintomatologia” costituzionale: Spunti dai paesi MENA per l’America Latina

✉ MICHELE CARDUCCI*

1. Dalla “transitologia” alla “sintomatologia” costituzionale

Che tipo di “normatività costituzionale” hanno prodotto le cosiddette “primavere arabe”?

A questa domanda generalmente non si risponde, preferendo concentrare l’attenzione sullo svolgersi degli eventi della “transizione” o del “mutamento costituzionale” oltre che sul prodotto normativo di quegli eventi (il “formante” costituzionale con i suoi contenuti in ciascun singolo paese)¹.

Eppure quella della “normatività costituzionale” identifica la questione irrisolta di qualsiasi studio su “transizioni” alla democrazia

1035

* Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato Università del Salento - Cedeam.
michele.carducci@unisalento.it

1 Cfr., sulla dimensione teorica e storica del problema, P. MACRY, *Transizione e sfera politica. Le insidie e le promesse di una scommessa analitica*, in P. Pombeni, H.G. Haupt (a cura di), *La transizione come problema storiografico*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 289. Per una lettura diversa con riguardo ai paesi islamici MENA, si v. invece O. BENDOUROU, *La definizione della transizione democratica nel Maghreb* (2004), trad. it., Lecce-Cavallino, Pensa, 2005. Nel panorama della comparazione costituzionale, si distinguono gli studi di C. Sbailò, in particolare: *La riesplorazione del principio ordinatore islamico. Riflessioni di metodo comparativo e di dottrina costituzionale sulla ‘Primavera araba’*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III (2012), pp. 801-835; *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei*, Cedam, Padova, 2015; *Diritto comparato e “primavera araba”. Spunti metodologici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, I (2015), pp. 247-260.

e “mutamenti” costituzionali:² la “*Grey Zone*”, com’è stata definita,³ di qualsiasi “transitologia”.⁴ Ogni “cambiamento”, infatti, sancisce sul piano giuridico l’emersione di “sintomi” di una normatività “diversa” e “nuova” rispetto al passato.⁵

Come identificare e misurare questi “sintomi” è quasi sempre omissso o presupposto dalle analisi di diritto costituzionale comparato, mentre la scienza politica si è interrogata più frequentemente sulle cause dei fallimenti delle “transizioni”, prima ancora che sulla identificazione dei “sintomi” della “normatività costituzionale” che cambia.⁶

Tra l’altro, è su questo solco che si è distinto fra “crisi” e “trasformazione”,⁷ proprio per differenziare la discontinuità o meno delle regole formali e soprattutto dei modi di utilizzarle e dunque di definirne la effettiva normatività nei cambi di regime o a seguito delle riforme costituzionali.⁸

Tale approccio, tuttavia, descrive, prima ancora che spiegare, la differenza.

1036

Al contrario, l’enigma prodotto dalle speranze e dai fallimenti delle cosiddette “primavere arabe” è proprio lì: nella spiegazione della differenza.

2 Cfr. C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1 (2015), pp. 1-15 (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

3 M.-M. OULD MOHAMEDOU, T.D. SISK, *Bringing Back Transitology*, in *GCSP Geneva Papers-Research Series*, 13 (2013), pp. 3-33.

4 T. CAROTHERS, *The End of the Transition Paradigm*, in *13 J. of Democracy*, 13, 1 (2002), pp. 5-21.

5 Cfr. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 3 (2014), pp. 1-68 (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

6 KHAIR EL DIN HASEEB, *On the Arab “Democratic Spring”: Lessons Derived*, in *Contemporary Arab Affairs*, 4, 2 (2011), pp. 113-122.

7 L. MORLINO, *Democrazie e democratizzazioni*, il Mulino, Bologna, 2003, spec. pp. 89 ss. e pp. 122 ss.

8 In tale prospettiva, per esempio, L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova, 2003, pp. 4 ss., parla di transizione di regime come movimento verso “altro di differente”. Dello stesso Autore, anche *La libertà decapitata, Dalle primavere arabe al Califfato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

L'interrogativo, dunque, permane: quali sono i “sintomi” di una “normatività costituzionale” in “transizione” o “mutamento”? Come sono identificabili e misurabili?

La base teorica più autorevole di impostazione delle risposte a simili interrogativi risale ai contributi di tre grandi costituzionalisti comparatisti della Germania weimariana: Hermann Heller, con il suo concetto di “normalità costituzionale”; Carl J. Friedrich, con la sua teoria sulle “dimensioni religiose” della costituzionalità; Karl Loewenstein, con la sua classificazione ontologica delle Costituzioni, in funzione appunto dei “sintomi” della loro “normatività”.

Secondo Heller,⁹ il “sintomo” più importante della “normatività costituzionale” risiederebbe nella sua “normalità”, identificata, quest'ultima, nel comportamento medio osservato dagli appartenenti ad una comunità rispetto a regole consolidate nella continuità tra passato, presente e futuro, e dunque nella consolidata corrispondenza tra aspettative cognitive e aspettative normative di ciascuno. Con questa corrispondenza, la “normatività” sarebbe fornita dalla esemplarità dei comportamenti “normali” sia come accettazione dei vincoli delle regole formali sia come condivisa espressione dei valori manifestati da quei comportamenti. Pertanto, sempre nell'ottica helleriana, una “transizione” non rappresenterebbe altro che la ricerca di un nuovo equilibrio tra vecchia “normatività” e nuova “normalità” o, viceversa, tra nuova “normatività” e precedente “normalità”.¹⁰

1037

L'analisi di Friedrich¹¹ parte invece dal seguente interrogativo: perché è estremamente facile scrivere e proclamare una nuova Costituzione e insormontabilmente difficile concretizzarla nella quotidianità? La risposta del grande costituzionalista tedesco-americano, apparentemente

9 H. HELLER, *Dottrina dello Stato* (1934), trad. it di U. Pomarici, ESI, Napoli, 1988, pp. 386 ss.

10 Per un recupero delle categorie helleriane, si v. A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in Aa.Vv., *Scritti on. A. Pensovecchio Li Bassi*, tomo II, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1313 ss.

11 C.J. FRIEDRICH, *Giustizia e trascendenza. Le dimensioni religiose del costituzionalismo*, trad. it. a cura di G. Buttà, Roma, Gangemi, 1998, pp. 19 ss.

banale, attraversa tutta la sua produzione scientifica nella sua impostazione dinamica e procedurale:¹² la causa della discrasia non risiederebbe mai nelle forme delle regole e nei “formanti” che le utilizzano, bensì, viceversa, nelle dimensioni, spirituali e religiose, delle relazioni sociali, essendo il costituzionalismo moderno un prodotto culturale del solo cristianesimo e quindi “esportabile” –si direbbe oggi– solo nella consapevolezza di questa originaria dimensione di trascendenza.

Loewenstein, com'è noto, ha patrocinato la celebre differenziazione tra Costituzioni reali (normative), radicate nella società e nelle condotte pubbliche dei titolari dei poteri costituzionali, e Costituzioni nominali e semantiche, mere formule estranee e ininfluenti sul contesto politico e soprattutto sul comportamento istituzionale prodotto dai titolari delle funzioni abilitate dal testo.¹³ Rispetto ad Heller, l'attenzione di Loewenstein si concentra sulla “disponibilità” del testo costituzionale da parte dei detentori del potere, senza necessariamente estendersi alla sfera sociale delle aspettative di “normalità” del comportamento conforme a Costituzione, anche se il concetto di “sentimento costituzionale”, da lui coniato a corollario delle classificazioni proposte, rinvia comunque alla considerazione anche psico-sociale della convivenza civile,¹⁴ dato che proprio dalla relazione tra “normatività”, sua stabilità temporale nelle dimensioni psico-sociali collettive e garanzia di quelle dimensioni da parte del potere, dipenderà la funzione effettiva della Costituzione nella dialettica tra libertà e autorità e dunque tra limitazione del potere e tutela delle libertà.

In ogni caso, tracciando una linea comune nella lettura dei tre autori, si dovrebbe concludere che i “sintomi” della “normatività costituzionale” andrebbero comunque dedotti:

12 Specialmente *Man and his Government. An Empirical Theory of Politics*, McGraw Hill, New York, 1963, cap. IV, e *Religion and History: Philosophy of History as the Expression of Religious Universalism and Imperialism*, in *Confluence*, 2 (1955), pp. 143-151.

13 K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1957.

14 In merito, mi permetto di rinviare a M. CARDUCCI, *La Costituzione come ontologia del «sentimento costituzionale»*, in *Scritti in on. di Antonio Tarantino*, ESI, Napoli, 2014, pp. 127-137.

- a) dalla osservazione della “normalità” dei comportamenti sociali di una comunità retta da una Costituzione (Heller);
- b) nella considerazione delle dimensioni spirituali e religiose di quella comunità (Friedrich);
- c) verificando la corrispondenza o meno tra formule normative e comportamenti concreti dei detentori dei poteri costituzionalizzati e garanzia, da parte di tali poteri, del “sentimento costituzionale” presente nella comunità (Loewenstein).

Già applicando questa scansione alla lettura delle cosiddette “primavere arabe”, si sarebbe in grado di tracciare una serie di interessanti spiegazioni su quelle vicende, meno descrittive e più analitiche.

2. Possibili chiavi di lettura

Ciononostante, nel contesto dei paesi islamici MENA (Middle East and North Africa), l'approccio analitico alle “transizioni” come “sintomatologia” del “mutamento” della “normatività costituzionale” è stato sino ad oggi sottovalutato.

1039

Il motivo di questa sottovalutazione probabilmente risiede nella costruzione stessa dell'oggetto di riferimento: i paesi MENA non come regione “costituzionale” (accomunata, cioè, da flussi giuridici occidentali unitari e costanti, com'è stato, per esempio, per l'America latina), bensì come regione “culturale”, costruita secondo schemi trascendenti e classificazioni unilaterali.¹⁵

Non a caso, fino a un recente passato, prima delle illusioni delle “primavere arabe”, si è tentato addirittura di inquadrare la “normatività costituzionale” della regione, in modo dichiaratamente contrapposto alle richiamate prospettive weimariane.

¹⁵ Sui limiti euristici della classificazione MENA, si v. J-F. BAYART, *«Dessine-moi un MENA!», ou l'impossible définition des «aires culturelles»*, in *Sociétés politiques comparées*, 38 (2016), pp. 2-28.

È stata questa la proposta di Mikunda-Franco,¹⁶ promotore di una lettura parzialmente häberliana del mondo arabo. Secondo il costituzionalista arabo-ispánico, le esperienze costituzionali dell'area islamica del Mediterraneo rifletterebbero tratti appunti "culturali" di una comune costituzionalità differente sì da quella europea, ma pur sempre aperta a un "dialogo" e a uno "sviluppo" costituzionali non condizionati dalle referenze religiose e dunque produttivi di evoluzioni democratiche inclusive. Da tale angolo di prospettiva, la "normatività costituzionale" dei paesi islamici rifletterebbe appunto un patrimonio "comune" a tutti i paesi e le nazioni islamiche MENA, consentendo di fornirne una chiave di lettura unitaria di comprensione e previsione delle loro dinamiche interne. Ignorando del tutto le cautele di Friedrich, per Mikunda-Franco la prova principale di un tale ordito si rinverrebbe nelle analogie testuali delle Costituzioni MENA, segnate da comuni auto-qualificazioni di legittimazione "secolarizzata" della forma di Stato e dei rapporti tra poteri costituzionali e religione, nonché dall'adesione ai vincoli internazionali di tutela dei diritti umani.

1040

In effetti, tutti i paesi islamici MENA si auto-qualificano come Stati secolarmente legittimati. E gran parte degli Stati islamici MENA hanno ratificato i più importanti strumenti di tutela dei diritti umani e, lì dove hanno voluto marcare differenze, come nel caso del Marocco, hanno formalizzato riserve in sede di ratifica. Quelli poi del Nord Africa hanno aderito persino alla Convenzione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli.

Nonostante questo, però, una cosa è la condizione di *Commitment*, interna ed esterna di uno Stato, un'altra la *Compliance* nel porre in essere quanto formalizzato e (auto)qualificato. Ed è noto che, sul fronte dei diritti umani, sono proprio i paesi islamici MENA a segnare le più ricorrenti discrasie tra *Commitment* e *Compliance*.¹⁷

16 E. MIKUNDA-FRANCO, *Diritto comune islamico. Un'indagine comparata sui testi costituzionali di alcuni Stati islamici*, trad. it. in V. Colombo, G. Gozzi (a cura di), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 261-288.

17 Cfr. J. ETIENNE, *Compliance Theory: A Goal Framing Approach*, in *Law & Policy* 33, 3 (2011), pp. 305-333, e Th. Risse, S.C. Ropp, K. Sikkink, *The Persistent Power of*

Del resto, la stessa parabola discendente delle “primavere arabe” ha smentito l’ottimismo del testualismo costituzionale di Mikunda-Franco.

I recenti processi di riforma o cambiamento costituzionale di singoli paesi (in particolare, Marocco, Tunisia, Egitto, Giordania) hanno illuso e deluso le ermeneutiche ireniche del formalismo costituzionale, contribuendo quanto meno a riattualizzare questioni metodologiche rimaste sopite negli ultimi anni.

Nello specifico, non si può negare che il quadro dei paesi islamici MENA post “primavere” imponga di accettare le seguenti cinque sfide di comparazione:

- sulla necessità di osservare i “formanti” costituzionali di questi paesi nella prospettiva non solo delle loro auto-qualificazioni formali, ma soprattutto del rapporto strumentale fra strutture normative dei testi e aspettative sociali, spirituali e religiose da essi prodotte;¹⁸
- sulle capacità euristiche della cosiddetta “transitologia” di prefigurare scenari e sbocchi costituzionali della regione;¹⁹
- sulla classificazione dei sistemi giuridici della regione;²⁰

1041

Human Rights. From Commitment to Compliance, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2013², \$34.99.

18 J. LIOLOS, *Erecting New Constitutional Cultures: the Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring*, in *Boston College Int'l and Comp. L. Rev.*, 36, 1 (2013), pp. 219-254.

19 Lungo una linea di ricerca che parte dalle esperienze delle transizioni dell'Est europeo (Ph. Schmitter, T. KARL, *The Conceptual Travels of Transitologists and Consolidologists: How Far East Should They Attempt to Go?*, in *Slavic Review*, 53, 1 (1994), pp. 163-185) per tentare di assumere valenza generale (V. BUNCE, *Comparative Democratization: Big and Bounded Generalizations*, in *Comparative Political Studies*, 33, 6-7 (2000), pp. 703-734), ma finire con l'assumere proprio l'esperienza delle “primavere arabe” come terreno di smentita delle teorie “revisionistiche” (E. BELLIN, *Reconsidering the Robustness of Authoritarianism in the Middle East: Lessons from the Arab Spring*, in *Comparative Politics*, 45, 2 (2012), pp. 128-138).

20 Si v. G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Utet, Torino, 2010, pp. 3-19, in cui, sulla base delle classificazioni di U. Mattei e P.G. Monateri, si inquadrano i paesi della regione MENA in un insieme di sistemi giuridici con parziale impronta di *Civil Law*, ma ad egemonia “politica” o “tradizionale”, per intendere che il

- sulla comparabilità stessa dei singoli paesi, tanto interna (fra gli stessi) quanto esterna (verso altre esperienze costituzionali);²¹
- sulla influenza dei processi di integrazione sovranazionale (di promozione dei diritti, per il caso dell'Unione africana; di tutela dei blocchi economici, per l'area araba), nel "contagio democratico" che i paesi della regione, coinvolti dai mutamenti, possono ricevere o produrre.²²

In questa sede, non si intende approfondire tutti questi profili, quanto piuttosto passarli in rassegna nella loro problematicità e partendo da una constatazione.

La critica più ricorrente che viene rivolta agli studi sugli avvenimenti del 2011 nei paesi arabi del Mediterraneo ha riguardato una supposta "doppia debolezza" cognitiva delle scienze sociali e politiche occidentali: da un lato, non essere state capaci di prevedere l'arrivo delle trasformazioni costituzionali; dall'altro, a distanza di più di tre anni dal loro inizio, non riuscire a prefigurarne le evoluzioni/degenerazioni.²³ In poche parole, l'Occidente, al cospetto delle "primavere arabe", si sarebbe scoperto incapace di decifrare i "sintomi" della "normatività costituzionale" da loro espressa, abituato, com'è, a occuparsi di transizioni *già* avvenute, piuttosto che di trasformazioni in atto.²⁴

ciruito dei processi e delle decisioni giuridiche, ancorché formalmente improntato agli schemi appunto della *Civil Law*, risulta condizionato da fattori eterarchici di natura politica o etico-religiosa.

21 Si vedano, in tal senso, le prese di posizione rinvenibili sul blog: <http://muftah.org/category/dem-menal/>.

22 Si pensi al ruolo della Tunisia nel tentativo di promozione di una Corte costituzionale internazionale per la tutela del "diritto alla democrazia". In merito, mi permetto di rinviare a M. CARDUCCI, *Sull'ipotesi di istituzione di una Corte costituzionale internazionale per il "diritto alla democrazia" e la tutela contro i mutamenti incostituzionali*, in *Eunomia*, III n.s., 1 (2014), pp. 195-211.

23 E. PIGNATELLI, *Le "primavere arabe": nascita e involuzione*, in *Eunomia*, III n.s., 1 (2014), pp. 213-239.

24 Cfr. i contributi in R. DE MUCCI (a cura di), *Economia di mercato e democrazia. Un rapporto controverso*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014.

Del resto, nel diritto costituzionale comparato, la discussione sulla permanenza e il cambiamento delle Costituzioni ha sempre assunto come *tertium comparationis* il paradigma della “normatività costituzionale” come dato *già* acquisito (la Costituzione prodotta dal cambiamento), con la sola specificazione della differenza tra elemento formale e materiale del suo contenuto.²⁵ La Costituzione, *in quanto* norma giuridica *data*, non solo regola in maniera rilevante le effettive relazioni fra i poteri, ma essa stessa non può non costituire oggetto di interpretazione da parte di tali poteri. Di conseguenza, lo studio comparato delle Costituzioni consisterebbe nel confronto dei testi *in quanto* appunto norme giuridiche, nella loro interpretazione da parte dei poteri (attraverso i “formanti” giurisprudenziale, normativo e dottrinale).²⁶

Tale tipo di classificazione, tuttavia, poco consente di dire sulla comprensione delle vicende delle “primavere arabe”. Banalmente, essa certificherebbe l'ovvio: ossia che il “mutamento costituzionale” nei paesi MENA è stato a volte “formale” (con riforme anche profonde, come nel caso della Tunisia) a volte “materiale” (sulla spinta delle manifestazioni di piazza); e che, ciononostante, a tale normatività “formale” non sempre debba necessariamente corrispondere una normatività “materiale”.

1043

Inoltre, la scansione richiamata ha indotto alla classificazione “obbligata” di soli due tipi fondamentali di cambiamento costituzionale: cambiamento della normatività delle Costituzioni derivante direttamente dalle alterazioni del testo costituzionale (emendamenti, revisioni o riforme costituzionali); cambiamento del significato normativo della Costituzione in presenza di un processo di concretizzazione o realizzazione costituzionale attraverso la prassi e l'interpretazione.

La complessa parabola delle “primavera arabe” ha scompaginato la linearità anche di questo secondo quadro cognitivo.

25 HESSE, *La forza normativa della Costituzione* (1951), trad. it., Herrenhaus, Seregno, 2008.

26 Cfr. ora O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

Pur partendo da impulsi comuni di rinnovamento, le dinamiche costituzionali dei paesi coinvolti hanno imboccato strade fra loro molto diverse, certamente non ingabbiabili nelle strettoie delle teorie del “mutamento” formale o materiale. Egitto, Giordania, Marocco, Yemen, Tunisia, Libia hanno in effetti smentito qualsiasi previsione e qualsiasi capacità di lettura unitaria dei fenomeni di “mutamento costituzionale”.

E allora come leggere unitariamente queste vicende?

Conviene chiarire ulteriormente le premesse richiamate. Le teorie del “mutamento costituzionale” in termini solo “formali” o “materiali”, di interpretazione per “formanti”, presuppongono, come accennato, “la forza normativa della Costituzione”, intesa come la direzione delle aspettative e l’orientamento delle condotte nella sfera pubblica in conformità con i modelli normativi costituzionali. Esse, in altre parole, escludono dal proprio orizzonte proprio quelle condizioni di “nominalismo costituzionale”, che hanno invece ispirato le chiavi di lettura di Heller, Friedrich, Loewenstein, desumibili non dalla semplice lettura dei testi e delle loro interpretazioni ufficiali, bensì da una attenta valutazione delle modalità “sociali”, e persino spirituali e religiose (secondo Friedrich), del “mutamento”.²⁷

1044

In proiezione contemporanea, questa prospettiva complessa di lettura del “mutamento” è stata fatta propria ancora una volta in Germania, dove non a caso la “transitologia” ha avuto poco spazio, riattualizzandosi nell’ermeneutica normativo-strutturante di Friedrich Müller²⁸ e in quella pragmatica di Peter Häberle,²⁹ ben al di là del “testualismo” patrocinato in suo nome da Mikunda-Franco per i paesi islamici.

27 Si pensi agli studi di Bruno-Otto Bryde, come, tra gli altri: *The Politics and Sociology of African Legal Development*, Frankfurt am Main, Metzner, 1976; *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Walter de Gruyter, Berlin, 1993; *Constitutional Law in “Old” e “New” Law and Development*, in *VRÜ*, 126, 1 (2008), pp. 10-15.

28 Di F. MÜLLER si v., per tutti, la recente versione portoghese della sua teoria *O novo paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

29 P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat: aus Kultur und als Kultur*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

Müller, in continuità con i costituzionalisti weimariani e ai fini di verificare i “sintomi” della “transizione”, ritiene fondamentale distinguere tra “norma di decisione” (la norma individuale che orienta il comportamento di ciascun soggetto costituzionale, persona fisica o titolare di organo che sia) e “norma giuridica” (la disposizione formale oggetto di interpretazione da parte dei “formanti”). Nel momento in cui un testo costituzionale si presenta come “il più importante dato di entrata” di qualsiasi processo produttivo di “norme di decisione”, la transizione può dirsi concretizzata nei suoi esiti di “mutamento”. Se tale corrispondenza non si riscontra, la mera analisi del dato “formale”, rispetto a quello “materiale” dei “formanti”, non avrebbe alcuna valenza euristica.

Analogamente, nella concezione pragmatica di Häberle, i “sintomi” della “normatività costituzionale” sarebbero da rinvenire sempre nella “sfera pubblica”. Essa, infatti, partecipando ai processi di decisione, certificherebbe tale “normatività”; rivendicando alternative o cambiamenti, segnerebbe avvio e percorsi della “transizione”.

1045

3. L'illusione della liberalizzazione

Questo quadro teorico evidentemente attesta almeno due cose:

- l'inesistenza di un modello *della* “transizione” per la comprensione di qualsiasi fenomeno di “mutamento”;³⁰
- l'importanza di andare oltre il quadro dei soli “formanti”, osservando la “sfera pubblica” come contesto di produzione e alimentazione dei “sintomi” della “normatività costituzionale”.

Con riguardo ai paesi islamici MENA e alle “primavere arabe”, si è tentato di prendere atti di tale complessità, ma in modo parziale. Ci si riferisce soprattutto a chi ha interpretato le mobilitazioni popolari della

30 Non a caso, il dibattito anche teorico sulla comprensione delle “transizioni” ha ripreso vigore di fronte alla complessità del contesto della ex-Jugoslavia. Si v. J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Cedam, Padova, 2008, e L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani. Diritti e garanzie*, Università degli Studi di Trento, Quaderni del Dipartimento n. 92, Trento, 2010.

regione alla stregua di elezioni politiche indirette dato che, in un contesto marcato dall'assenza di un reale pluralismo politico, i “*Bread Uprisings*” avrebbero rappresentato –di fatto– l'unica espressione di una più ampia partecipazione politica.³¹

Tuttavia, questo modo di leggere i “sintomi” del “mutamento” postula la libertà di opinione e di comunicazione come indicatori specifici, se non prioritari, di “normatività costituzionale” di un ordinamento giuridico, facendo credere che la liberalizzazione del pensiero attivi convergenze di convincimenti democratici e, di rimando, “transizioni”.

Com'è noto, è stato proprio il teorico della “terza ondata”, Samuel Huntington,³² a ipotizzare uno schema del genere, definito del “quarto tipo” di “transizione”, fondato appunto sulle convergenze delle opinioni pubbliche: cause specifiche di singoli paesi, agendo su un quadro comune di convinzioni politiche circolanti nell'opinione pubblica, produrrebbero risposte e processi simili di cambiamento.

1046

Quanti hanno inneggiato ai *social network*, come “vettori” privilegiati delle “transizioni” arabe, hanno sostanzialmente ricalcato questo tracciato.³³

Eppure, anche da tale angolo di visuale, le “primavere arabe” hanno prodotto smentite.

Percorsi come quelli di Marocco e Giordania, dove le aperture costituzionali hanno palesemente risposto a esigenze di sopravvivenza dello *status quo* e delle sue relazioni di potere,³⁴ certificano al contrario il persi-

31 L. SADIKI, *Towards Arab Liberal Governance: from the Democracy of Bread to the Democracy of the Vote*, in *Third World Quarterly*, 18, 1 (1997), pp.127-148.

32 S.P. HUNTINGTON, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo* (1993), trad. it., il Mulino, Bologna, 1995, pp. 55-59.

33 Per esempio, il tracciato di chi ha predicato per i paesi MENA l'urgenza della “liberalizzazione” come chiave di volta della “democratizzazione” (O. SCHLUMBERGER, *The Arab Middle East and the Question of Democratization: Some Critical Remarks*, in *Democratization*, 7, 4 (2000), pp. 104-132).

34 Cfr. J. FROSINI, F. BIAGI (eds.), *Political and Constitutional Transitions in North Africa. Actors and Factors*, Routledge, London, 2014.

stente ruolo marginale di tale sfera pubblica e conseguentemente la continuità del “nominalismo costituzionale” di quei paesi, ben al di là delle regole formali adottate (rendendo attuali chiavi di lettura, come quelle di Loewenstein).

Il caso dell'Egitto ha poi segnato una sorta di “utopia retrospettiva”, nella misura in cui quella “primavera” è sembrata, sin dall'inizio, ispirata non tanto alla costruzione di una nuova tappa di evoluzione storica, quanto al recupero di una risalente coesistenza pacifica della comunità islamica.³⁵

Infine, vicende come quella del Bahrain, la cui breve “primavera” ha sofferto il peso dei poderosi vicini sauditi, rendono evidente la dipendenza di tale “nominalismo” da fattori persino esterni allo stesso sistema costituzionale, come appunto la presenza di Stati confinanti non democratici, con buona pace per i teorici del “contagio democratico”.³⁶

Maggior pluralismo nell'informazione e maggiore libertà nei costumi e nell'uso di beni e servizi possono anche essere costituzionalizzati, ma non è detto che di per sé essi identifichino i “sintomi” di una nuova “normatività costituzionale”.

Del resto, un'avvisaglia di questa illusione era già leggibile dai deludenti risultati degli approcci di *Empowerment*, considerati strategici per scardinare le ingessature dei regimi islamici e l'avvio al cambiamento.³⁷ Si pensi alla strategia della *Middle East Partnership Initiative* (MEPI)

35 F. BIAGI, *The 2011 Constitutional Reform in Morocco: More Flaws than Merits*, in Jean Monnet Occasional Papers, Institute for European Studies (Malta), 7, 2014 (www.um.edu.mt/europeanstudies/jmceu-med/papers).

36 Semmai dimostrando un “contagio” invertito: l'Arabia Saudita, decisa a non correre rischi nelle proprie provincie sciite confinanti, non solo ha richiesto verso il Bahrain l'intervento del contingente militare del Consiglio di cooperazione del Golfo (*Peninsula Shield Force*), ma ha persino proposto ai re di Giordania e Marocco di entrare a farne parte, proprio per attivare una rete di controllo sulle evoluzioni dell'intera regione.

37 S. WOLIN, *Democracy incorporated. Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, Princeton Univ. Press, Princeton, 2008; M. OTTAWAY, M., TH. CAROTHERS, A. HAWTHORNE, D. BRUMBERG, *Democratic Mirage in the Middle East*, in Th. Carothers (ed.), *Critical Mission, Essays on Democracy Promotion*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 2004.

dell'amministrazione statunitense per tutti gli anni novanta, sponsorizzata come il più importante contributo alla democratizzazione nel Medio Oriente.³⁸ Essa ha mirato a promuovere settorialmente alcuni diritti, come, per esempio, quello delle donne, nella dichiarata intenzione di scardinare la base sociale dei rapporti di potere non democratici dei paesi arabi e aprire così le porte al "mutamento".³⁹

In realtà, tale semplicistico teorema rivelava una sostanziale confusione tra spazio privato e spazio pubblico del "mutamento",⁴⁰ confusione non certo presente in teorie come quelle di Müller o Häberle, attente invece all'analisi della complessità della sfera pubblica, come ambito effettivo di identificazione dei "sintomi" della "normatività costituzionale".⁴¹ L'insistenza sull'*Empowerment*, prima, e la fiducia nei *Social Network*, poi, hanno privilegiato l'attenzione verso la democratizzazione dello spazio privato, in quanto "luogo" su cui praticare il "mutamento", immaginando una meccanica corrispondenza tra democratizzazione della sfera privata, libertà individuale e democratizzazione della sfera pubblica,⁴² e

38 Cfr. K. DALACOURA, K., *US Democracy Promotion in the Arab Middle East since 11 September 2001: a Critique*, in *International Affairs*, 81, 5 (2005).

39 M. Ottaway, *Women's Rights and Democracy in the Arab World*, in *Carnegie Papers*, 42 (2004), pp. 1-12; T. COFMAN WITTES, R. YOUNGS, *Europe, the United States, and Middle Eastern Democracy: Repairing the Breach*, in *Analysis Paper of the Saban Center for Middle East Policy*, 18 (2009).

40 H. ALBRECHT, O. SCHLUMBERGER, "Waiting for Godot": *Regime Change without Democratization in the Middle East*, in *Int. J. Pol. Sc. Rev.*, 25 (2004) pp. 371-392.

41 Sulla complessità di identificare e qualificare la sfera pubblica nel contesto islamico e dei paesi MENA, si v. invece L. Guazzone, *I movimenti islamisti nel mondo arabo contemporaneo*, in L. Guazzone (a cura di), *Il dilemma dell'Islam*, Franco Angeli, Milano 1995; G. MASSARDIER, *Les espaces non pluralistes dans les démocraties contemporaines*, in O. Dabène, V. Geisser, G. Massardier (eds.), *Autoritarismes démocratiques et démocraties autoritaires au XXI^e siècle*, La Découverte, Paris 2008, pp. 29-56; F. Vairel, *Espace protestataire et autoritarisme. Nouveaux contextes de mise à l'épreuve de la notion de fluidité politique: l'analyse des conjonctures de basculement dans le cas du Maroc*, Thèse de Doctorat en Science Politique, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 2005; N. Bermeo, *Civil Society after Democracy*, in N. Bermeo, Ph. Nord (eds.), *Civil Society Before Democracy*, New York, Rowman and Littlefield Publishers Inc., 2000, pp. 38-56.

42 Già F. BICCHI, L. GUAZZONE, D. PIOPPI (a cura di), *La questione della democrazia nel mondo arabo. Stati, società e conflitti*, Polimetrika, Milano 2004, e, sul piano della teoria delle "transizioni", L. DIAMOND, *Developing Democracy: Toward consolidation*, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1999.

omologando tutti i paesi dell’area MENA in un’unica cornice di lettura, interpretazione e prognosi, come se si fosse davvero di fronte ad un unico percorso comune di “contagio”⁴³, al cui interno le “norme di decisione” dei vari agenti del cambiamento risultano conformi a comuni “dati di entrata”.⁴⁴

Con un simile ordito si è potuti arrivare anche a predicare la sovrapposizione tra precedenti “ondate” di democratizzazione (soprattutto con riguardo ai paesi dell’Est europeo) e interpretazione delle “primavere arabe”⁴⁵, presumendo che i processi di “mutamento” possano essere descritti in modo universale e standardizzato, con la sola preoccupazione della distinzione tra dato “formale” e dato “materiale” del “mutamento” stesso.

4. Una “sintomatologia” diversa?

Come mai la “primavera” ha coinvolto diversi paesi in una stessa regione e con caratteristiche fra loro non omogenee? Questa è stata la domanda a base delle sovrapposizioni prodotte.

1049

Per rispondere, si è proceduto su un unico fronte, che si potrebbe definire interno/esterno: di definizione delle analogie e differenze interne ai paesi MENA; di individuazione di un elemento comune, ritenuto determinante nell’attivazione di qualsiasi “transizione”. Con riguardo alle analogie/differenze, si è guardato: per le analogie, agli elementi culturali, religiosi, linguistici ed etnici tendenzialmente convergenti, alla comune esperienza di una colonizzazione occidentale limitata nella sua invasività, alla popolazione giovane e istruita, con elevata disoccupazione, alle scarse industrializzazioni e integrazioni economiche, alla corruzione e al

43 Si v. L. BLAYDES, J. Lo, *One Man, One Vote, One Time? A Model of Democratization in the Middle East*, in *J. of Theoretical Politics*, 2011, pp. 1-37.

44 R. DOORENSPLEET, C. Mudde, *Upping the Odds. Deviant Democracies and Theories of Democratization*, in *Democratization*, 15, 4 (2008), pp. 815-832.

45 Sui rischi di sovrapposizione, si v. L. DIAMOND, *Why are there no Arab democracies?*, in *J. of Democracy*, 21, 1 (2010), pp. 93-104; O. ROY, *The Transformation of the Arab World*, in *J. of Democracy*, 23, 3 (2012), pp. 5-18; L. WAY, *The Lessons of 1989*, in *J. of Democracy*, 22, 4 (2011), pp. 13-23.

clientelismo, alle limitate libertà civili e politiche, alla longevità dei governanti; per le differenze, alle dimensioni demografiche (Egitto *versus* Bahrain, Oman, Qatar) e di Pil *pro capite* (Qatar, Kuwait, Emirati Arabi Uniti *versus* Egitto, Marocco, Iraq, Yemen), al diverso ruolo come esportatori (Algeria, Libia, Iraq, Iran, Arabia Saudita) e importatori di risorse fossili (Egitto, Tunisia, Giordania, Marocco, Siria), alle diverse forme di Stato, come monarchie (Marocco, Arabia Saudita) e repubbliche (Egitto, Libia, Siria, Iran).

Inoltre, l'elemento determinante comune, assunto a base della teorizzazione comune del "mutamento", è stato strutturato su tre assiomi: 1) paesi diversi rispondono a condizioni interne simili; 2) i cambiamenti sembrano spinti e sorretti da un coordinamento di opinioni e rivendicazioni transnazionali; 3) le azioni di ciascun paese hanno influenzato quelle dei paesi vicini⁴⁶.

1050

Dalla combinazione di questa serie di dati, si è potuto prefigurare uno scenario di "mutamento" comprensibile e prevedibile nei suoi esiti, considerati simili a quelli delle precedenti transizioni e sintetizzabili in tre ulteriori passaggi: provenienza de esperienze autoritarie; sviluppo economico con difficili congiunture di sviluppo; dissenso dissimulato ed emulazione dei comportamenti privati.⁴⁷

In realtà, queste linee di ricostruzione comune dei "sintomi" della "normatività costituzionale" in "mutamento" hanno percorso un solco già arato dalle teorie più tradizionali ed eurocentriche della democratizzazione: la visione "ambidestra" dei processi, secondo cui, rispetto ad un lato dinamico di rinnovamento e discontinuità rispetto al passato, si pone sempre un altro lato, meno immediatamente percepibile ma pur sempre presente, di verifica della effettività del processo stesso sulla base di indicatori *standard* di consolidamento delle condizioni di cambiamento;⁴⁸

46 L. BLAYDES, J. Lo, *One Man, One Vote, One Time?*, cit.

47 H. PFEIFER, *Transitology, Liberal Democracy and Religion: Democratization and the "Arab Spring"*, in *ECPR General Conference*, Bordeaux 2013 (paper), pp. 1-24.

48 Ph.C. SCHMITTER, *Ambidextrous Democratization and its Implication for MENA*, European University Institute, 2012 (paper), pp. 1-14.

un solco sostanzialmente parallelo a quello che il diritto costituzionale comparato dei “mutamenti” ha ritenuto di universalizzare nella demarcazione tra dimensioni “formali” e “materiali” delle “transizioni”.⁴⁹

Con queste sovrapposizioni, e trascurando gli apporti della teoria costituzionale di matrice tedesca sulla “sintomatologia costituzionale”, le letture delle “primavere arabe” hanno rilevato tutti i loro limiti di comprensione anche empirica delle dinamiche di ciascun paese.

Ignorando l'importanza del nesso tra “normalità” e “normatività” costituzionali (secondo la linea che da Heller porta a Müller), non hanno sufficientemente discusso il problematico rapporto, nei paesi arabi, tra processi rivoluzionari e transizioni demografiche, dato che un dei principali fattori che avevano dato vita al processo di cambiamento è risieduto proprio nell'allontanamento dei giovani dallo Stato e da qualunque altra forma di autorità, a causa di un forte malcontento per un sistema fossilizzato di gestione del potere, come “dato di entrata” delle “norme di decisione” diffuse nella società.

1051

Non considerando che i “mutamenti” costituzionali si misurano anche sul fronte del “sentimento costituzionale” di uno Stato retto da una Costituzione (sulla scorta delle acquisizioni elaborate da Loewenstein sino ad Häberle), non si sono occupate dei “costi normativi” di un effettivo completamento della “transizione”, in termini appunto di produzione di condivisioni realmente diffuse nella società attraverso la scrittura costituzionale.⁵⁰

Presupponendo che la secolarizzazione significhi definitiva espunzione della religione dalla qualificazione della “normatività costituzionale”

49 Sui limiti di qualsiasi standardizzazione nella comprensione delle dinamiche della “normatività costituzionale”, si v. sulla base di prospettive differenti ma convergenti, O. Pfersmann, *Five Theses about Foundation of Constitutional Law*, e S. LEVINSON, *Principles and Compromises in the Process of constitutional Designs*, entrambi in P. RIBERI, K. LACHMAYER (eds.), *Philosophical or Political Foundation of Constitutional Law? Perspectives in Conflict*, Nomos-Facultas.wuv, Wien, 2014, rispettivamente pp. 25-32 e pp. 79-96.

50 M. VALBJORN, *Upgrading Post-democratization Studies: Examining a Re-politicized Arab World in a Transition to somewhere*, in *Middle East Critique*, 21, 1 (2012), pp. 25-35.

(come smentito, invece, dalle prospettive analitiche di Friedrich)⁵¹, hanno immaginato l'Islam come *oggetto* e non come *pre-requisito* di eventuali democratizzazioni e costituzionalizzazioni della regione.⁵²

Al contrario, proprio la specificità religiosa islamica come complessità delle sfere “private” e “pubbliche” e come “ermeneutica” del cambiamento⁵³, non può non fornire la chiave di lettura della parabola discendente di quelle “primavere”.

In particolare, proprio quella “ermeneutica” ha alimentato la riconsiderazione, da parte dell'opinione pubblica araba, del ruolo dello Stato e del recupero della sua autorità su tutte le sfere della cittadinanza, anche a discapito del completamento dei processi di “transizione”.

È questa la spiegazione della differenza di quelle “transizioni” rispetto alla “sintomatologia” utilizzata nello studio delle altre “transizioni”.⁵⁴

Le “primavere arabe” hanno riabilitato un autoritarismo di Stato come unica “normatività costituzionale” tendenzialmente condivisa. Quell'autoritarismo considerato dalla teoria “transitologica” occidentale alla stregua di un retaggio del passato.⁵⁵ Il che significa che, tra i regi-

51 Si v., invece, l'importante contributo di A. Stepan, *The Multiple Secularisms of Modern Democratic and Non-Democratic Regimes*, in C. Calhoun, M. Juergensmeyer, J. Van Antwerpen (eds.), *Rethinking Secularism*, Oxford Univ. Press, New York, 2011, pp. 114-144.

52 N. HASHEMI, *The Arab Spring Two Years on. Reflections on Dignity, Democracy, and Devotion*, in *Ethics and International Affairs*, 27, 2 (2012), pp. 207-221.

53 An-Na'im, A. ABDULLAHI, *Islam, Shari'a and Democratic Transformation in the Arab World*, in *Die Friedens-Warte. J. of International Peace and Organization*, 87, 1 (2012), pp. 27-42.

54 Una dissonanza di tal genere si percepisce dallo studio di E. AFSAH, *Constitution-Making in Islamic Countries. A Theoretical Framework*, in R. Groter, T.J. Röder (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2012, pp. 475-512, ispirato ad una lettura unitaria dei processi di “transizione” nel mondo islamico, soprattutto in ragione delle influenze esterne mirate a gestirli o condizionarli.

55 R. BRYNEN, P.W. MOORE, B.F. SALLOUKH, M-J. ZAHAR, *Beyond the Arab Spring: Authoritarianism & Democratization in the Arab World*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2012; Z. ELKINS, T. GINSBURG, J. MELTON, *The Content of Authoritarian Constitutions*, in T. Ginsburg, A. Simpsen (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2014, p. 144.

mi democratici e quelli che si pongono come alternative alla democrazia stessa, esistono ibridi che, pur adottando un discorso democratico e realizzando alcune riforme costituzionali, rafforzano “sintomi” differenti di “normatività costituzionale”, dove sfere pubbliche e sfere private sono referenziate a “norme di decisione” filtrate da una “normalità” ancora non definita, perché alla ricerca della propria “normatività” condivisa: la “normalità” di una “normatività” costituzionale islamica⁵⁶.

⁵⁶ Non a caso, dopo la parabola delle “primavere arabe”, ha ripreso vigore la tesi di J. Linz e A. Stepan del “*sultanismo*” come “normalità” del precario pluralismo arabo. Si v. il numero del *J. of Democracy*, 24, 2 (2013), dedicato a *Islamists and the “Arab Spring”*.

Carlo Azeglio Ciampi,
rappresentante dell'Unità nazionale:
il Presidente dell' "orizzonte comune"

✍ PAOLO CARETTI*

1. Introduzione. Ciampi interprete dell'art. 87, comma 1, Cost.

Di fronte ad un dettato costituzionale per molti aspetti ambiguo nel disciplinare la figura del Presidente della Repubblica, non deve stupire che essa abbia dato origine a ricostruzioni dottrinarie molto diverse se non opposte. Si è parlato così di organo neutro, di organo di garanzia, ovvero di organo governante, titolare di un proprio indirizzo politico, sia pure di livello costituzionale. La stessa sorte è toccata più in particolare alla formula dell'art. 87, comma 1, Cost., secondo cui il capo dello Stato "rappresenta l'unità nazionale": una formula "intimamente incerta, per il significato plurivoco dei concetti che accosta" (G. SCACCIA, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013*, in L. Violini, a cura di, *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione *Gruppo di Pisa*, Ed. Scientifica, Napoli, p. 55).

1055

Così, se da una lato tale formula è stata letta come riassuntiva degli obblighi di imparzialità che gravano sul Presidente (funzionale alla ricostruzione della figura presidenziale come potere "neutro"), dall'altra, valorizzando soprattutto il termine "rappresentante" se ne è colta una valenza attiva (funzionale a quelle teorizzazioni che hanno riconosciuto, in capo al Presidente della Repubblica, la concreta possibilità di partecipare

* Professore Emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

al processo di formazione dell'indirizzo politico (così da ultimo, in maniera radicale, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, pp. 43 ss., che ha associato alla "rappresentanza dell'unità nazionale" di cui all'art. 87 la "rappresentanza della Nazione" di cui all'art. 67).

Sotto un diverso profilo si è sottolineato che al Presidente della Repubblica non spetta rappresentare un'unità nazionale considerata come un dato acquisito a priori, ma tra i suoi compiti vi è, invece, quello di favorirla e promuoverla (M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n.2/2017, pp. 19 ss.).

Seguendo questo schema è stato sostenuto che al Capo dello Stato sia affidata la rappresentazione simbolica e ideale di quei valori costituzionali sui quali si fonda l'intero impianto costituzionale e che esigono di essere attuati a tutela del pluralismo istituzionale e politico.

1056

È proprio in quest'ottica che è possibile leggere l'intero mandato presidenziale di Carlo Azeglio Ciampi.

Le sue parole e le sue azioni sono state riassunte, da più parti (non solo tra i giuristi ma anche tra gli storici), nel concetto di "patriottismo costituzionale" inteso come piena adesione alla Costituzione e a suoi valori.

Un patriottismo necessariamente legato a un concetto di cittadinanza caratterizzato non soltanto dall'insieme dei diritti e dei doveri individuali ma, allo stesso tempo, dall'esistenza di un patrimonio storico e culturale comune. Su quest'ultimo aspetto il Presidente Ciampi, in quanto "rappresentante dell'unità nazionale", ha concentrato i suoi sforzi: egli ha cercato di mettere in luce questo insieme di valori attraverso una costante opera di "pedagogia istituzionale", che, come si vedrà, non sempre è stata esente da critiche. Si tratta di un indirizzo che rappresenta una rilevante novità rispetto al passato e che verrà ripreso dai suoi successori e in particolare da Napolitano in occasione del 150° anniversario dell'Unità d'Italia (Napolitano)

Ho assunto come fonti di queste brevi note alcuni discorsi presidenziali, in particolare quelli pronunciati in determinate occasioni che

mi sono sembrati più significativi del modo d'intendere il compito di rappresentante dell'unità nazionale da parte di Ciampi.

2. Esperienze. Ciampi e il valore della memoria: la Resistenza e la battaglia contro il revisionismo dei valori

La funzione di rappresentante dell'unità nazionale si è espressa, anzitutto, attraverso una vera e propria politica della memoria. I punti cardine di quest'opera sono stati principalmente tre: una precisa concezione della Resistenza, il richiamo all'Europa e alla sua fondazione come antidoto ai periodi bui della Storia (cfr. 17/04/2002 - *Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della cerimonia in ricordo dei Caduti Civili di Marzabotto*) e la costante sottolineatura del nesso tra memoria storica e giustizia.

Ciampi ha sempre riconosciuto nella Resistenza, e nella successiva esperienza dell'Assemblea Costituente, un momento autenticamente vitale nella storia italiana: due esperienze in grado di compensare l'assenza di una pregressa comune cultura democratica, attraverso il recupero delle passioni, istanze e progetti del Risorgimento. Nelle sue parole, infatti, è spesso rintracciabile un'interpretazione della Resistenza come secondo Risorgimento. A Ciampi è possibile attribuire il merito di aver difeso il patrimonio del Risorgimento e della Resistenza dal martellante attacco revisionista che ancora oggi caratterizza il dibattito pubblico. Con la sua azione, inoltre, ha voluto fortemente legare le origini resistenziali della Repubblica al progetto dell'Unione europea, intesa come comunità democratica e unita.

1057

Tra i discorsi più significativi ed esplicativi di questa impostazione si può citare quello pronunciato ad Ascoli il 25 aprile 2002 (*Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Consegna della Medaglia d'Oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Ascoli*).

“Il lavoro della memoria è difficile, complesso, ma è indispensabile per capire il senso del cammino percorso dal 1945 a oggi, dell'immenso valore delle istituzioni che abbiamo costruito per noi e per le generazioni future: la Costituzione Repubblicana, i Trattati dell'Unione Europea.

Certo, il lavoro della memoria presuppone la giustizia, non per spirito di vendetta, ma per riaffermare i fondamenti dei nostri ordinamenti, della nostra civiltà; il lavoro della memoria impone soprattutto che nessuna delle vicende di quegli anni venga dimenticata.

E in questo senso, il lavoro fatto negli anni Novanta dalla Magistratura militare e dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati è prezioso e va proseguito.

La storia è un'azione di ricostruzione lenta e paziente, va arricchita ogni giorno di nuovi approfondimenti, di nuove testimonianze; ciò non ha nulla a che fare con un improponibile revisionismo.

Per questo è importante celebrare –con solennità e in spirito di riconciliazione– il 25 aprile, Anniversario della Liberazione”.

1058

Tuttavia, naturalmente, non è solo in occasione delle celebrazioni del 25 Aprile che Ciampi si è fatto interprete e rappresentante dell'unità nazionale. La stessa cosa è avvenuta anche nella serie di interventi sul significato dell'armistizio, che per Ciampi è fondamentale al fine di leggere tutti gli eventi successivi a partire dall'eccidio di Cefalonia, che sarà definito come il “primo atto della Resistenza”.

Sarà proprio su questa vicenda che si aprirà un ampio dibattito pubblico. Un dibattito che testimonia, innanzitutto, la rilevanza nazionale della politica memoriale condotta da Ciampi durante il settennato: basti rileggere sulle pagine dei quotidiani di allora gli interventi al riguardo di due storici come Pavone (La Repubblica 3 marzo 2001) e Galli Della Loggia (Corriere della sera 4 marzo 2001), il primo adesivo e il secondo invece critico. Resta il fatto che il discorso di Ciampi su Cefalonia dette il via ad un rinnovato interesse degli storici per un episodio sul quale per molto tempo era calato un velo di silenzio..

La riflessione sul significato dell' 8 settembre ha inizio col discorso di Piombino del 8 ottobre 2000 (*Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento della Medaglia d'oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Piombino*), occasione in cui Ciampi afferma:

“Che cosa fu l'8 settembre 1943, per noi, per la generazione che l'ha vissuto?

L'8 settembre è stato la prova più dura della nostra vita. L'8 settembre non è stato, come qualcuno ha scritto, la morte della Patria. Certo, l'8 settembre ci fu la dissoluzione dello Stato. Vennero meno tutti i punti di riferimento ai quali eravamo stati educati.

Ma fu in quelle drammatiche giornate che la Patria si è riaffermata nella coscienza di ciascuno di noi.

Ciascuno di noi si interrogò, nel suo intimo, sul senso del proprio far parte di una collettività nazionale, su come tener fede al giuramento fatto alla Patria.

Nelle scelte dei singoli italiani, in quei giorni, la Patria rinacque; rinacque nella nostra coscienza.

E la rinascita, l'anelito di libertà e di giustizia, il sentimento di dignità nazionale si sono poi consolidati e hanno assunto espressione nella Costituzione repubblicana. Fu, quell'8 settembre, per noi giovani un momento drammatico, di turbamento, di riflessione, di scelta.

1059

La dissoluzione dello Stato, dei vertici civili e militari, fu un trauma spaventoso, al quale sentimmo di dover reagire”.

Alla fine di quel discorso Ciampi annunciava una successiva visita a Cefalonia con l'intento di “rendere onore ai caduti della Divisione “Acqui”, ai caduti in combattimento, alle migliaia di fucilati a sangue freddo dopo la resa, ai deportati”.

Il contenuto del discorso pronunciato a Cefalonia (1/3/2001 - *Discorso del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi alla commemorazione dei Caduti italiani della Divisione “Acqui” a Cefalonia*) è ben sintetizzato in una intervista al quotidiano *la Repubblica* del 3 marzo:

“Non ho mai capito cosa intendano i teorici della “morte della Patria”, che indicano nell'8 settembre la data di questo lutto

senza ritorno. A sentir loro la Patria, l'idea di Patria, che allora sarebbe stata travolta, non è mai risorta. E noi cosa saremmo, dunque, oggi: italiani, cittadini senza patria? Certo, ogni storico può pervenire alle deduzioni che vuole. Ma se pone un quesito di quel genere deve anche giungere ad una conclusione e, soprattutto, non può ignorare eventi come Cefalonia. Come ho detto rivolgendomi idealmente ai Caduti della Acqui: "Decideste consapevolmente il vostro destino. Dimostraste che la Patria non era morta. Anzi, con la vostra decisione, ne riaffermaste l'esistenza. Su queste fondamenta risorse l'Italia".

In aperta polemica con queste parole alcuni intellettuali, in particolare E. Galli della Loggia, hanno riproposto l'analisi per cui con l'8 settembre 1943, con l'armistizio e la fuga del re da Roma, si sia consumata la "morte della patria". Il fine di questa interpretazione era chiaramente quello di realizzare un congedo definitivo dall'eredità antifascista per ricostruire un'identità nazionale italiana slegata dalle "divisioni" tra resistenza e fascismo, di cui si enfatizzavano gli effetti traumatici di lungo periodo.

1060

A tali critiche rispose lo stesso Ciampi con un'intervista sul Corriere della Sera del 5 marzo 2001 (*Risposta a Galli della Loggia. Io, la Patria e i doveri di testimone*). La posizione del Presidente è ribadita con forza, anche al di là del dibattito storiografico: "Non ritengo però che sia di esclusiva competenza degli storici di professione il riflettere sul passato. È da questa riflessione che ogni cittadino, e ancor più chi ha responsabilità politiche o istituzionali, deve trarre ispirazione per il proprio impegno civile, per il proprio operare. Rendere poi note queste riflessioni e valutazioni non è un atto censorio ma un atto dovuto. Vuole contribuire a tener vivo nei cittadini un forte senso della Patria".

3. **Segue. Ciampi e il patriottismo costituzionale: il 2 giugno come risposta al nazionalismo**

Le riflessioni sul valore della memoria e della Resistenza sono il punto di partenza di un progetto culturale più ampio, esplicitamente rivendicato dal Presidente in più occasioni. Se ne trova traccia anche

nell'ultimo discorso di fine anno rivolto agli italiani, una sorta di bilancio del suo settennato che così inizia:

“Tenterò di esprimere l'animo con il quale ho vissuto questi sette anni, il messaggio che ho cercato di inviarvi. Più volte mi sono riletto il testo dell'impegno preso in Parlamento il 18 maggio 1999, il giorno del mio giuramento.

Quell'impegno si ispirava alle iscrizioni scolpite sui frontoni del Vittoriano, l'Altare della Patria: “per la libertà dei cittadini, per l'unità della Patria”.

Non è retorica, è l'essenza stessa del nostro convivere civile.

L'essere chiamato a rappresentare l'Italia, a essere garante della sua Costituzione, l'ho vissuto non solo come un altissimo mandato, ma soprattutto come un dovere, una missione.

Per questo ho voluto abitare, con mia moglie, sin dal primo giorno, nel Quirinale: da sette anni è la mia casa, la casa del Presidente della Repubblica, la casa degli Italiani.

1061

Per questo ho insistito nel richiamare i simboli più significativi della nostra identità di Nazione, dal Tricolore all'Inno di Mameli, l'inno del risveglio del popolo italiano; e nel rievocare il nesso ideale che lega il Risorgimento alla Resistenza, alla Repubblica, ai valori sanciti nella sua Carta Costituzionale”. Accanto alla storia e i valori della Resistenza e del Risorgimento, la presidenza Ciampi ha insistito sui simboli dell'identità nazionale, con l'obiettivo di fornir loro una nuova centralità e riconoscimento quali radici fondative della Repubblica. Tra le testimonianze di questa posizione c'è sicuramente il valore riconosciuto all'inno nazionale di Mameli e al tricolore che, come è stato scritto, «sono stati “sdoganati” dall'autocensura collettiva» (S. ROSSI, *La presidenza Ciampi nel segno del patriottismo costituzionale*, in *Forum Quaderni costituzionali* n.4/2006). Così come il termine Patria, non elemento di identità chiusa e aggressiva, ma, al contrario, elemento che si è arricchito con la pluralità degli incontri e delle culture (W. BARBERIS, *Il bisogno di Patria*, Einaudi, Torino, 2004). Inoltre, si pensi all'apertura al pubblico dell'Altare della Patria e del Quirinale e i suoi giardini.

Il punto di snodo di questo passaggio è rappresentato senza dubbio dalle celebrazioni del 2 Giugno, che sono seguite dai cittadini con grande partecipazione.

Lo stesso Ciampi alla fine del suo mandato presidenziale ha dichiarato: “Penso spesso al successo che ebbe il 2 giugno, la riscoperta di una data unificante, un giorno a sigillo di una comunità nazionale [...] Non era facile né scontato. Io stesso temevo che potessero prevalere letture strumentali di quella giornata di festa, che l'orgoglio militare della sfilata potesse avere il sopravvento sulle intenzioni di mettere al centro l'atto di nascita della Repubblica, il referendum del 1946”.

Questo sentimento lo si trova anche nel discorso pronunciato ai prefetti italiani il 31 maggio 2000, alla vigilia del ripristino della parata ai Fori imperiali quale parte integrante delle celebrazioni ufficiali per la Festa della Repubblica:

1062

“Questo mio primo incontro, da Capo dello Stato, con tutti i prefetti italiani avviene, volutamente, all'antivigilia della Festa della Repubblica.

Celebrare la nascita dello stato repubblicano, dopo il 25 aprile giornata della Liberazione ed il 1° maggio Festa del Lavoro, vale a riaffermare il significato profondo della nostra storia”.

La nostra identità nazionale si riconosce nell'idea stessa di una Repubblica nata dal ripudio del totalitarismo e della guerra e tesa alla promozione, attraverso il lavoro, del pieno sviluppo dei diritti di libertà della persona umana.

Il senso di appartenenza alla comunità nazionale, che su questi valori si fonda, si esprime ogni anno nelle cerimonie che si svolgono il 2 giugno in ogni provincia del nostro Paese e che attorno alla figura del prefetto realizzano visibilmente l'incontro delle diverse competenze, capacità e culture.

La complessità della realtà italiana trova espressione nell'art. 5 della Costituzione, che così recita: “La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali”. La loro definizione e attuazione ha avuto negli ultimi tempi un positivo sviluppo.

Il modello di Stato sta profondamente mutando.

La costruzione dell'Unione Europea implica progressive cessioni di quote della sovranità tradizionale dello Stato nazionale.

L'autonomia e il decentramento comportano l'assunzione di maggiori responsabilità da parte dei governi locali.

Il principio di sussidiarietà è destinato a regolare l'intero impianto delle relazioni istituzionali e sociali nell'Unione europea, negli Stati nazionali, tra i diversi livelli delle realtà locali.

Si tratta del più ampio e profondo processo di riforma al quale lo Stato italiano sia mai stato sottoposto: ma, come ho detto a Genova pochi giorni fa, lo Stato non cessa di essere unitario per il fatto di essere sempre più costruito come uno stato federale” (sul punto, per maggiori riferimenti, si vedano anche i due discorsi, contenuti nell'appendice, del 2 giugno 2003, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi al termine della Festa Nazionale della Repubblica*, e del 1° giugno 2005, *Messaggio agli italiani del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Festa Nazionale della Repubblica*.

1063

4. Segue. Ciampi e la lingua italiana: stile e valore

Il terzo ambito è costituito dalle riflessioni sulla lingua italiana. Il 9 aprile 2002, a Ciampi fu conferito il titolo di accademico “honoris causa” da parte dell'Accademia della Crusca.

Nell'intervento pronunciato in quell'occasione (09-04-2002, *Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento del titolo di accademico “honoris causa” dell'Accademia della Crusca*) i temi della memoria e dell'unità sono ancora una volta al centro della riflessione del Presidente.

Va letta in questo senso la sottolineatura della funzione della lingua quale elemento identitario e aggregante. Elemento identitario che si afferma spontaneamente come lingua dei poeti prima dell'unità politica : un elemento “che ha unificato la gente italiana nel crogiolo di una medesima cultura e poi di una nazione”. La sottolineatura di questa funzione

aggregante della lingua è per Ciampi un modo per ripercorrere le varie tappe della storia italiana, della storia di una nazione di una Patria che” ha saputo superare i confini angusti del nazionalismo e aprirsi all’Europa”, secondo l’insegnamento di Mazzini. Dunque una lingua che, nei secoli, ha svolto una fondamentale funzione unitaria e che è proiettata verso un futuro che nella storia ha già il suo fondamento. Ma Ciampi, mostrando una consapevolezza linguistica di notevole spessore, avverte i rischi che nel tempo presente la nostra lingua può correre quale vettore dei valori propri del nostro patrimonio culturale.

“Oggi, le esigenze incalzanti della comunicazione, in termini sociali e tecnologici, pongono problemi non facili di adeguamento dell’uso della lingua e di confronto con altre tradizioni linguistiche presenti sul nostro territorio: quelle di antica eredità locale e quelle provenienti dall’esterno.”

E più avanti:

1064

“Sta a noi scoprire e governare questi problemi nella società del nostro tempo: sta agli studiosi del linguaggio seguire il prezioso e penetrante filo d’indagine che offre la loro materia di studio; sta alla Scuola, alle Università, alle Accademie contribuire a tutelare il patrimonio di identità e di valori che nella lingua trova espressione, trasformandolo in strumento di educazione delle persone e delle cittadinanze.”

Non sfuggono al Presidente neppure i complessi problemi del confronto dell’italiano con le altre lingue nazionali e con l’inglese, ormai accettata come lingua franca, nel contesto multilinguistico dell’Unione europea.

“La difesa delle lingue nazionali non è –e non vuole essere– un atto di campanilismo. La cancellazione delle identità culturali renderebbe passivi e dunque meno liberi. Le differenze di lingua, di costumi, di tradizioni sono elemento di forza e di vitalità della cultura europea.”

Si tratta dunque di una “difesa” senza retorici riferimenti al passato, sia pure di un passato nobile e prestigioso come quello dell’italiano,

ma nella piena consapevolezza che dal quel passato ha tratto nel tempo forza e ricchezza un patrimonio linguistico e culturale che non può non trovare tutela di fronte alle nuove sfide che la globalizzazione linguistica pone alle lingue nazionali.

La lingua, dunque, si aggiunge a pieno titolo al mosaico costruito da Ciampi di un'unità nazionale, intesa sia nella sua dimensione diacronica che in quella sincronica, quale elemento che dà un senso al presente, che apre al futuro, sulla scorta della storia recente e meno recente. E' in questo senso che risulta del tutto appropriata l'immagine di Ciampi come Presidente dell'*orizzonte comune*, la cui lezione intende rappresentare l'invito (a tutti, ma in particolare alle forze politiche) a non smarrire il filo rosso che lega le vicende italiane, da cui trarre insegnamenti per una sempre rinnovata unità.

Queste le parole con cui conclude il suo discorso all'Accademia della Crisca:

“C'è un'identità italiana che è lingua, arte pensiero e che affonda le sue radici nei secoli. C'è un filo rosso che parte dagli inizi dell'Ottocento e che lega il Risorgimento alla Resistenza e alla Repubblica, perseguendo due grandi obiettivi: Unità e libertà. La memoria quanto mai viva in noi di questa lunga storia anima e ispira il nostro agire”.

1065

Sono temi su cui tornerà spesso. Si veda ad esempio l'intervento svolto in occasione di una visita in Cina (06-12-2004 - *Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi, in visita di Stato nella Repubblica Popolare Cinese, in occasione dell'incontro con gli italianisti cinesi e studenti universitari di lingua italiana*) in cui Ciampi sottolinea con enfasi il suo intento di fare dell'italiano, come lingua e come cultura, un proficuo canale di comunicazione reciproca (sulla lingua di Ciampi vi sono numerosi studi, tra questi: M. Cortelazzo, A. Tuzzi (a cura di) *Messaggi dal Colle. I discorsi di fine anno dei presidenti della Repubblica*, Venezia, Marsilio, 2007, pp. 207-230 e M.V. Dell'Anna, *Tra ufficialità e colloquialità. La lingua di Carlo Azeglio Ciampi*, «LId'O. Lingua italiana d'oggi» II, 2005, pp. 171-214).

5. Appendice - Elenco dei discorsi selezionati diviso per paragrafi

Discorsi selezionati par.2

1. 8/10/2000 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento della Medaglia d'oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Piombino
2. 1/3/2001 - Discorso del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi alla commemorazione dei Caduti italiani della Divisione "Acqui" a Cefalonia
3. 17/4/2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della cerimonia in ricordo dei Caduti Civili di Marzabotto
4. 25/4/2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Consegna della Medaglia d'Oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Ascoli

1066

Discorsi selezionati par.3

5. 31/5/2000 - Intervento alla cerimonia di saluto dei prefetti italiani in occasione della Festa della Repubblica
6. 2/6/2003 - Dichiarazione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi al termine della Festa Nazionale della Repubblica
7. 1/6/2005 - Messaggio agli italiani del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Festa Nazionale della Repubblica
8. 31/12/2005 - Messaggio di Fine Anno del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi agli italiani

Discorsi selezionati par.4

9. 9/4/2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento del titolo di accademico "honoris causa" dell'Accademia della Crusca
- 9a. Testo del conferimento della nomina di accademico honoris causa

10. 6/12/2004 -

Tutti i discorsi sono disponibili al link

<http://presidenti.quirinale.it/Ciampi/dinamico/ElenchiCiampi.aspx?tipo=discorso>

5.1. Piombino, 8/10/2000 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento della Medaglia d'oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Piombino

Cari cittadini di Piombino, un saluto dopo aver appuntato la Medaglia d'oro al valor militare sul Gonfalone della vostra città. Ho voluto fortemente questo appuntamento con voi.

Desidero conferire di persona la medaglia d'oro al valor militare a una città nella quale, dopo l'8 settembre 1943, soldati e marinai si unirono ai cittadini, operai e portuali, e impugnarono le armi a difesa della dignità della Patria. Piombino ha combattuto. Ha respinto i primi assalti delle truppe naziste. Ha dato un esempio di coraggio che tutti gli italiani non devono dimenticare.

1067

Che cosa fu l'8 settembre 1943, per noi, per la generazione che l'ha vissuto?

L'8 settembre è stato la prova più dura della nostra vita. L'8 settembre non è stato, come qualcuno ha scritto, la morte della Patria. Certo, l'8 settembre ci fu la dissoluzione dello Stato. Vennero meno tutti i punti di riferimento ai quali eravamo stati educati.

Ma fu in quelle drammatiche giornate che la Patria si è riaffermata nella coscienza di ciascuno di noi.

Ciascuno di noi si interrogò, nel suo intimo, sul senso del proprio far parte di una collettività nazionale, su come tener fede al giuramento fatto alla Patria.

Nelle scelte dei singoli italiani, in quei giorni, la Patria rinacque; rinacque nella nostra coscienza.

E la rinascita, l'anelito di libertà e di giustizia, il sentimento di dignità nazionale si sono poi consolidati e hanno assunto espressione nella Costituzione repubblicana. Fu, quell'8 settembre, per noi giovani un momento drammatico, di turbamento, di riflessione, di scelta.

La dissoluzione dello Stato, dei vertici civili e militari, fu un trauma spaventoso, al quale sentimmo di dover reagire.

Anche chi non ha vissuto quei giorni, gli italiani di oggi, soprattutto i giovani devono qualcosa a tutti coloro che dopo l'8 settembre reagirono, perché è grazie a loro che l'Italia è rinata.

Oggi sono a Piombino, e con gli eroi di Piombino, noi ricordiamo tutti coloro che in quei giorni non si arresero. E non furono pochi. Purtroppo, l'assenza di una "guida" rese frammentarie e quindi condannate all'insuccesso quelle pur nobili reazioni che videro uniti militari e civili.

1068

Oggi sono a Piombino. Pochi mesi fa ero a Sant'Anna di Stazzema. Nei prossimi mesi mi recherò a Cefalonia, per rendere onore ai caduti della Divisione "Acqui", ai caduti in combattimento, alle migliaia di fucilati a sangue freddo dopo la resa, ai deportati.

In assenza di ordini, a quei soldati fu chiesto dal loro comandante se volevano arrendersi o combattere.

I soldati dell'"Acqui" scelsero di resistere. Su gesti quali quel consapevole voto e la valorosa resistenza di Piombino fu riscattato l'onore dell'Italia, è risorta la nostra Patria.

Nessuno oggi può dimenticarlo.

Viva la Repubblica Italiana!

Viva tutti i combattenti per la libertà e per la pace!

5.2. Cefalonia, 8/3/2001 – Discorso del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi alla commemorazione dei Caduti italiani della Divisione "Acqui" a Cefalonia

Decisero di non cedere le armi. Preferirono combattere e morire per la patria. Tennero fede al giuramento.

Questa –Signor Presidente della Repubblica Ellenica– è l'essenza della vicenda di Cefalonia nel settembre del 1943.

Noi ricordiamo oggi la tragedia e la gloria della Divisione *“Acqui”*. Il cuore è gonfio di pena per la sorte di quelli che ci furono compagni della giovinezza; di orgoglio per la loro condotta. La loro scelta consapevole fu il primo atto della Resistenza, di un'Italia libera dal fascismo.

La Sua presenza, Signor Presidente, è per me, per tutti noi Italiani, motivo di gratitudine. È anche motivo di riflessione. Rappresentiamo due popoli uniti nella grande impresa di costruire un'Europa di pace, una nuova patria comune di nazioni sorelle, che si sono lasciate alle spalle secoli di barbari conflitti.

La storia, con le sue tragedie, ci ha ammaestrato.

Molti sentimenti si affiancano, nel nostro animo, al dolore per i tanti morti di Cefalonia: morti in combattimento, o trucidati, in violazione di tutte le leggi della guerra e dell'umanità. L'inaudito eccidio di massa, di cui furono vittime migliaia di soldati italiani, denota quanto profonda fosse la corruzione degli animi prodotta dall'ideologia nazista.

1069

Non dimentichiamo le tremende sofferenze della popolazione di Cefalonia e di tutta la Grecia, vittima di una guerra di aggressione.

A voi, ufficiali, sottufficiali e soldati della *“Acqui”* qui presenti, sopravvissuti al tragico destino della vostra Divisione, mi rivolgo con animo fraterno.

Noi, che portavamo allora la divisa, che avevamo giurato, e volevamo mantenere fede al nostro giuramento, ci trovammo d'improvviso allo sbaraglio, privi di ordini.

La memoria di quei giorni è ancora ben viva in noi. Interrogammo la nostra coscienza. Avemmo, per guidarci, soltanto il senso dell'onore, l'amor di Patria, maturato nelle grandi gesta del Risorgimento. Voi, alla fine del lungo travaglio causato dal colpevole abbandono, foste posti, il 14 settembre 1943, dal vostro comandante, Generale Gandin, di

fronte a tre alternative: combattere al fianco dei tedeschi; cedere loro le armi; tenere le armi e combattere.

Schierati di fronte ai vostri comandanti di reparto, vi fu chiesto, in circostanze del tutto eccezionali, in cui mai un'unità militare dovrebbe trovarsi, di pronunciarsi.

Con un orgoglioso passo avanti faceste la vostra scelta, *“unanime, concorde, plebiscitaria”*: *“combattere, piuttosto di subire l'onta della cessione delle armi”*.

Decideste così, consapevolmente, il vostro destino. Dimostraste che la Patria non era morta. Anzi, con la vostra decisione, ne riaffermaste l'esistenza. Su queste fondamenta risorse l'Italia. Combatteste con coraggio, senza ricevere alcun aiuto, al di fuori di quello offerto dalla Resistenza greca. Poi andaste incontro a una sorte tragica, senza precedenti nella pur sanguinosa storia delle guerre europee.

1070

Si leggono, con orrore, i resoconti degli eccidi; con commozione, le testimonianze univoche sulla dignità, sulla compostezza, sulla fierezza di coloro che erano in procinto di essere giustiziati. Dove trovarono tanto coraggio ragazzi ventenni, soldati sottufficiali, ufficiali di complemento e di carriera?

La fedeltà ai valori nazionali e risorgimentali diede compattezza alla scelta di combattere. L'onore, i valori di una grande tradizione di civiltà, la forza di una Fede antica e viva, generarono l'eroismo di fronte al plotone d'esecuzione.

Coloro che si salvarono, coloro che dovettero la vita ai coraggiosi aiuti degli abitanti dell'isola di Cefalonia, coloro che poi combatterono al fianco della Resistenza greca, non hanno dimenticato, non dimenticheranno. Questa terra, bagnata dal sangue di tanti loro compagni, è anche la loro terra. Divenne chiaro in noi, in quell'estate del 1943, che il conflitto non era più fra Stati, ma fra principi, fra valori.

Un filo ideale, un uguale sentire, unirono ai militari di Cefalonia quelli di stanza in Corsica, nelle isole dell'Egeo, in Albania o in altri teatri

di guerra. Agli stessi sentimenti si ispirarono le centinaia di migliaia di militari italiani che, nei campi di internamento, si rifiutarono di piegarsi e di collaborare, mentre le forze della Resistenza prendevano corpo sulle nostre montagne, nelle città.

Ai giovani di oggi, educati nello spirito di libertà e di concordia fra le nazioni europee, eventi come quelli che commemoriamo sembrano appartenere a un passato remoto, difficilmente comprensibile. Possa rimanere vivo, nel loro animo, il ricordo dei loro padri che diedero la vita perché rinascesse l'Italia, perché nascesse un'Europa di libertà e di pace. Ai giovani italiani, ai giovani greci e di tutte le nazioni sorelle dell'Unione Europea, dico: non dimenticate.

Caro Presidente della Repubblica Ellenica,

Le sono grato per avermi accolto nella Sua terra, e per aver voluto vivere con me questa giornata di memorie, di pietà, nell'isola di Cefalonia, ricordando insieme i Caduti greci e italiani. Oggi i nostri popoli condividono, con convinzione e con determinazione, la missione di fare dell'Europa un'area di stabilità, di progresso, di pace.

1071

La nuova Europa, un tempo origine di sanguinose guerre, ha già dato a tre generazioni dei suoi figli pace e benessere. Propone l'esempio della sua concordia a tutti i popoli.

Uomini della Divisione *"Acqui"*: l'Italia è orgogliosa della pagina che voi avete scritto, fra le più gloriose della nostra millenaria storia.

Soldati, Sottufficiali e Ufficiali delle Forze Armate Italiane: onore ai Caduti di Cefalonia; onore a tutti coloro che tennero alta la dignità della Patria.

Il loro ricordo vi ispiri coraggio e fermezza, nell'affrontare i compiti che la Patria oggi vi affida, per missioni non più di guerra, ma di pace.

Viva le Forze Armate d'Italia e di Grecia.

Viva la Grecia. Viva l'Italia. Viva l'Unione Europea

5.3. San Martino, 17/04/2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della cerimonia in ricordo dei Caduti Civili di Marzabotto

Superstiti delle stragi,

Familiari delle vittime,

Amati compatrioti,

oltre mille esseri umani inermi, in gran parte donne, vecchi e bambini, furono trucidati nell'autunno del 1944 nei villaggi, nelle chiese, nelle piazze, nei casolari di questa montagna, divenuta la montagna dei Martiri. Atti di crudeltà disumana, frutto di una folle ideologia luciferina. La coscienza degli uomini ha condannato quell'orribile scempio, la storia lo ha giudicato.

1072

Siamo venuti qui, il Presidente della Repubblica Federale di Germania e il Presidente della Repubblica Italiana, per rendere onore a quelle vittime innocenti; il Presidente Rau lo ha voluto espressamente. Siamo, noi tutti, qui riuniti perché il ricordo rimanga vivo, affinché la memoria, tramandata di generazione in generazione, costituisca monito, guida, a vigile garanzia della dignità della persona umana.

Mai più!

Lo giurammo a noi stessi, non appena cessò il fragore delle armi, sulle tombe dei nostri fratelli, sulle macerie delle nostre case.

Mai più odio, sangue, tra i popoli d'Europa. Ci impegnammo a far regnare fra di noi la pace, la fraternità.

Da allora, il rifiuto delle ideologie totalitarie e dei nazionalismi, la disciplina dei valori di libertà e di democrazia hanno dato vita a un'unione sempre più stretta di uomini e di Stati: l'Unione Europea. E' grazie a quest'opera, che vogliamo continuare, che oggi ci troviamo qui, cittadini d'Europa nati in terra di Germania e nati in terra d'Italia, affratellati, accomunati, dagli stessi sentimenti e propositi.

Sentiamo che questo impegno di pace è l'unico vero modo di rendere onore a chi qui è sepolto: nel silenzio, nella preghiera, nella quiete di queste montagne, all'ombra di queste querce soli con i nostri ricordi e forti nella fede nei valori della nostra civiltà.

5.4. Ascoli 25-04-2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Consegna della Medaglia d'Oro al Valor Militare al Gonfalone della Città di Ascoli

Onorevole Ministro della Difesa,

Autorità civili, militari, religiose,

Cittadini di Ascoli Piceno,

sono particolarmente lieto di essere oggi con voi in questa piazza, che ricordavo straordinariamente bella; ma riviverla con voi la rende ancora più bella.

Ho appena decorato il gonfalone della vostra città con la Medaglia d'Oro al Valor Militare.

1073

Ciò che avvenne in quei mesi del 1943 e del 1944 in queste terre è la sintesi di quello che oggi, dopo decenni di sedimentazione e di dibattito, sappiamo essere stata la Resistenza: una reazione delle coscienze alla sfida contro i valori e la dignità dell'uomo. Fu una reazione che si affermò in modi diversi a seconda delle circostanze, ma fu una reazione largamente diffusa, spontanea.

Dopo l'8 settembre, ci fu la Resistenza attiva di chi prese le armi in pugno, partigiani, soldati, militari che seguirono l'impulso della propria coscienza; ci fu la Resistenza silenziosa della gente, dei cittadini che aiutarono, soccorsero, feriti, fuggiaschi, combattenti, esponendosi a rischi elevati. Ci fu la Resistenza dolorosa dei prigionieri nei campi di concentramento, di chi si rifiutò di collaborare.

Questi diversi modi di vivere la Resistenza sono presenti, tutti, in questa città. Colpisce il coraggio dei giovani avieri, appena arruolati, che

non si rassegnarono dopo l'8 settembre e respinsero per alcuni giorni, con gravi perdite, le truppe germaniche; dei capitani Bianco e Canger dell'Arma dei Carabinieri che diedero vita a uno dei primi raggruppamenti partigiani, già nell'autunno del 1943. Poi, tanti civili, studenti, come Adriano Cinelli, il primo caduto della Guerra di Liberazione, professionisti e lavoratori animarono le brigate partigiane che combatterono fino all'arrivo degli alleati.

Questa medaglia oggi ricorda ai nostri giovani il desiderio di riscossa che animò gli italiani in quella tragedia e che trovò conclusione con la nascita della Repubblica, con la promulgazione della Costituzione.

Il 25 aprile di quest'anno è segnato da un'immagine che rimarrà per sempre nei nostri cuori: il Presidente della Repubblica Federale di Germania e il Presidente della Repubblica Italiana tra le querce del Monte Sole, a Marzabotto, tra le rovine della chiesa di San Martino dove, nel settembre del 1944, vennero trucidate decine di persone inermi con una ferocia inaudita.

1074

Abbiamo sostato insieme, fianco a fianco, per onorare, in silenzio, le vittime; per incontrare i superstiti di quello scempio, i parenti dei Caduti; per meditare e ricordare.

Gli italiani si sono commossi per quel gesto del Presidente Rau, per quelle sue parole. Non le dimenticheremo.

A Marzabotto abbiamo sentito dentro di noi che stavamo vivendo qualcosa di importante e nobile, nel percorso di una memoria vissuta come forza viva della nostra democrazia, una democrazia forte, intrecciata indissolubilmente con gli altri popoli d'Europa, legati nella comune cittadinanza dell'Unione Europea.

Dalla tragedia della guerra la mia generazione uscì con una idea chiara: costruire un'Europa sorretta da istituzioni fondate sui principi della democrazia, un'Europa generatrice di pace, l'Europa dei valori, della libertà, della giustizia, del rispetto della dignità umana, della solidarietà, della forza serena di Stati democratici, che oggi si riconoscono in una comune cittadinanza; domani in una comune Costituzione.

Questa Europa, la nostra Europa ha garantito sessant'anni di pace e, in tempi recenti, ha saputo portare la pace al di fuori dei confini dell'Unione, con l'impegno delle sue Forze armate.

Il consenso dei cittadini europei verso questo comune destino è forte e crescente. E' la base democratica sulla quale proseguire. Questo consenso si fonda non sull'oblio, ma sulla consapevolezza del passato.

Il lavoro della memoria è difficile, complesso, ma è indispensabile per capire il senso del cammino percorso dal 1945 a oggi, dell'immenso valore delle istituzioni che abbiamo costruito per noi e per le generazioni future: la Costituzione Repubblicana, i Trattati dell'Unione Europea.

Certo, il lavoro della memoria presuppone la giustizia, non per spirito di vendetta, ma per riaffermare i fondamenti dei nostri ordinamenti, della nostra civiltà; il lavoro della memoria impone soprattutto che nessuna delle vicende di quegli anni venga dimenticata.

E in questo senso, il lavoro fatto negli anni Novanta dalla Magistratura militare e dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati è prezioso e va proseguito.

1075

La storia è un'azione di ricostruzione lenta e paziente, va arricchita ogni giorno di nuovi approfondimenti, di nuove testimonianze; ciò non ha nulla a che fare con un improponibile revisionismo.

Per questo è importante celebrare –con solennità e in spirito di riconciliazione– il 25 aprile, Anniversario della Liberazione.

Oggi gli italiani hanno riscoperto l'inno di Mameli, lo hanno riscoperto nella sua musica e nelle sue parole; esse ci fanno rivivere il risveglio di un popolo che cercava unità e libertà, che si sentiva partecipe della lotta per gli stessi valori degli altri popoli europei. Non è un caso che proprio nei mesi che seguirono la caduta del fascismo e l'8 settembre, patrioti e cittadini cantavano nelle strade l'inno di Mameli. Esso rappresenta quel filo rosso tra i sentimenti delle generazioni del Risorgimento e di quelle della Repubblica, quegli ideali che ancora oggi hanno la loro sintesi migliore nelle due scritte del Vittoriano: "l'unità della Patria", "la

libertà dei cittadini”. Sono valori conquistati dal nostro popolo e che il popolo italiano custodisce e garantisce con le sue Istituzioni.

Viva la Repubblica!

Viva l'Italia!

5.5. 31-05-2000 - Intervento alla cerimonia di saluto dei prefetti italiani in occasione della Festa della Repubblica

Questo mio primo incontro, da Capo dello Stato, con tutti i prefetti italiani avviene, volutamente, all'antivigilia della Festa della Repubblica.

Celebrare la nascita dello stato repubblicano, dopo il 25 aprile giornata della Liberazione ed il 1° maggio Festa del Lavoro, vale a riaffermare il significato profondo della nostra storia.

La nostra identità nazionale si riconosce nell'idea stessa di una Repubblica nata dal ripudio del totalitarismo e della guerra e tesa alla promozione, attraverso il lavoro, del pieno sviluppo dei diritti di libertà della persona umana.

1076

Il senso di appartenenza alla comunità nazionale, che su questi valori si fonda, si esprime ogni anno nelle cerimonie che si svolgono il 2 giugno in ogni provincia del nostro Paese e che attorno alla figura del prefetto realizzano visibilmente l'incontro delle diverse competenze, capacità e culture.

La complessità della realtà italiana trova espressione nell'art. 5 della Costituzione, che così recita: “*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali*”. La loro definizione e attuazione ha avuto negli ultimi tempi un positivo sviluppo.

Il modello di Stato sta profondamente mutando.

La costruzione dell'Unione Europea implica progressive cessioni di quote della sovranità tradizionale dello Stato nazionale.

L'autonomia e il decentramento comportano l'assunzione di maggiori responsabilità da parte dei governi locali.

Il principio di sussidiarietà è destinato a regolare l'intero impianto delle relazioni istituzionali e sociali nell'Unione europea, negli Stati nazionali, tra i diversi livelli delle realtà locali.

Si tratta del più ampio e profondo processo di riforma al quale lo Stato italiano sia mai stato sottoposto: ma, come ho detto a Genova pochi giorni fa, lo Stato non cessa di essere unitario per il fatto di essere sempre più costruito come uno stato federale. Lo Stato ha più che mai bisogno di un esecutivo centrale, ha più che mai bisogno dei prefetti.

La posizione preminente dei prefetti quali rappresentanti del potere esecutivo nelle province è ora innovata e rafforzata con la norma del 1999. Le prefetture sono trasformate in uffici territoriali di governo e sono divenute titolari di tutte le attribuzioni dell'amministrazione periferica dello Stato non espressamente conferite ad altri uffici.

Assecondati anche dalle disposizioni, approvate pochi giorni fa, che semplificano la carriera, disciplinano la nomina a prefetto, prevedono la negoziazione di alcuni aspetti del rapporto di impiego, siete chiamati a interpretare modernamente i compiti affidativi, in parte tradizionali, in parte nuovi.

1077

Rivisitiamone insieme i principali:

Spetta, innanzitutto, ai prefetti di svolgere un compito di coordinamento per assicurare la coerenza dell'azione dei poteri pubblici nel territorio. Da questo coordinamento trarrà beneficio il cittadino, perché da esso discenderanno la semplificazione dell'azione amministrativa e un impulso alla competitività del nostro sistema economico.

Il secondo compito che le leggi assegnano ai prefetti è quello del raccordo tra potere centrale ed autonomie regionali e locali. È un compito antico, che si presenta ora in termini nuovi.

L'Ufficio territoriale del Governo da voi presieduto, coadiuvato dalla Conferenza permanente dei rappresentanti delle altre strutture periferiche dello Stato, rappresenterà unitariamente lo Stato nazionale presso ciascuna autonomia locale. In queste strutture rinnovate, dovrà

proseguire e migliorare la costante collaborazione dello Stato con la regione, le province, i comuni.

Nella costruzione di questo circuito virtuoso di cooperazione istituzionale, ai prefetti spetta un ruolo fondamentale, un'intelligente e paziente opera di cerniera fra le realtà territoriali e le istituzioni ad ogni livello.

Certo, grazie al progresso delle tecniche di comunicazione, il dialogo fra centro e periferia avviene anche in altri modi. Ma il prefetto rimane l'organo privilegiato del governo sia nel saper interpretare le richieste locali verso il centro; sia nel rappresentare in loco gli orientamenti dell'esecutivo centrale.

Ai prefetti è affidata, in terzo luogo, la funzione di mediazione dei conflitti. Ad essi, innanzitutto, spetta di assumere le opportune iniziative per prevenirli ed evitarli. Su di essi, poi, lo Stato conta per svolgere il compito difficile della mediazione, sia nei conflitti sociali, sia in quelli che possono vedere contrapposti uffici pubblici diversi.

1078

Tocca a voi promuovere in ambito locale il senso di responsabilità e di cooperazione che deve connotare i rapporti tra le parti sociali e le istituzioni.

Alla sfera delle funzioni tradizionali appartiene la quarta funzione del prefetto, quella di autorità provinciale di pubblica sicurezza. Essa assume maggiore rilevanza, in presenza di una più forte richiesta di legalità e di tutela dell'ordine pubblico.

Inoltre, negli ultimi anni, le leggi di depenalizzazione, che hanno trasformato molti illeciti penali in illeciti amministrativi, hanno attribuito ai prefetti funzioni di accertamento degli illeciti e di irrogazione delle relative sanzioni. Un compito, ed è il quinto, che arricchisce il ruolo del prefetto perché deve svolgersi con procedure semi-contenziose, in contraddittorio. Questa veste quasi giurisdizionale esalta quel connotato di imparzialità che è proprio della figura prefettizia.

Lo Stato deve, insieme con le autonomie locali, rispondere ai problemi che maggiormente possono turbare l'animo del cittadino

e garantire la sicurezza dei singoli e delle imprese dai rischi connessi all'agire della criminalità, comune ed economica. E', quest'ultima, uno dei principali ostacoli allo sviluppo, soprattutto, ma non solo, nelle regioni meridionali.

La sicurezza non è solo questione di prevenzione e di repressione. Essa è saldamente garantita quando diviene il prodotto di uno sforzo collettivo, in cui ad ognuno è richiesta la sua parte, per la tutela dei diritti e la promozione delle opportunità.

Parlare di sicurezza, nella realtà di oggi, richiama necessariamente il tema immigrazione.

Ho già avuto modo di affermare più volte che è pericoloso, oltre che profondamente sbagliato, formulare grossolane equazioni tra immigrazione e criminalità.

L'immigrazione riflette fenomeni strutturali del nostro tempo, corrisponde a bisogni insopprimibili di dignità e di progresso della persona umana, è fattore di crescita e di arricchimento delle nazioni di accoglienza.

1079

Ma, parimenti, è evidente che servono politiche coordinate in ambito europeo ed internazionale, che solo lo Stato può garantire, per il controllo dei flussi migratori, per la protezione e l'integrazione sociale, per la repressione di forme odiose di criminalità e di sfruttamento che calpestano i diritti umani.

Sicurezza e sviluppo sociale si condizionano reciprocamente.

La recente istituzione dei Consigli territoriali per l'immigrazione si fonda sulla consapevolezza di quel rapporto. Tocca ai prefetti dare il massimo impulso operativo ai nuovi organi collegiali.

Da ultimo, il prefetto è l'organo al quale si ricorre in casi di urgenza e di emergenza, soprattutto per quanto riguarda gli interventi di protezione civile. Egli deve, quindi, conoscere, e con grande tempestività, ogni aspetto della sua provincia; deve essere pronto ad agire; deve saper coordinare con efficacia l'azione di diversi servizi.

Ciò presuppone una efficiente, moderna organizzazione degli uffici, una elevata professionalità degli addetti, un loro pieno coinvolgimento nell'operare quotidiano.

Nell'emergenza, più volte, l'intervento dei Prefetti ha colmato lacune, occupando gli spazi che si aprivano negli interstizi e nelle contrapposizioni delle competenze di altri; ha dialogato proficuamente con la società civile. E nello svolgimento di queste funzioni ha meritato riconoscimento, pressoché unanime, di professionalità e di efficienza.

Ho ricordato, in una sorta di *"esalogo"*, che so non essere esaustivo, le principali funzioni del Vostro quotidiano lavoro. La consapevolezza della sua importanza è alla base della riforma della carriera, che ho ricordato all'inizio. Una riforma che attribuisce grande rilievo al riconoscimento del merito e alla formazione.

1080

I cambiamenti e le attese esigono una nuova cultura dell'amministrazione civile, per la quale è necessario procedere sulla strada di una vera e propria formazione permanente.

È necessario superare interpretazioni burocratiche delle regole e dei ruoli che producono effetti paralizzanti, prendere atto della natura interdisciplinare delle conoscenze, rispondere prontamente alle sollecitazioni poste dalla velocità, sconosciuta in passato, delle trasformazioni sociali e della tecnologia.

Occorre integrare la cultura della legalità con il metodo del monitoraggio degli effetti della propria azione. Per tradizione, i prefetti non sono mai stati prigionieri del formalismo; sono quindi già inclini ad orientare la propria azione in direzione degli obiettivi e a non perdersi nel labirinto delle procedure.

Il prefetto è oggi circondato da poteri locali in espansione: comuni, province e regioni, dotati di maggiori compiti e di maggiori risorse.

In questo nuovo contesto, in un ridisegnato ruolo di crocevia di inediti rapporti tra Stato ed enti locali, si esprimerà la Vostra capacità di interpreti del potere centrale sensibili ai valori del decentramento e dell'autonomia. Si esprimerà la Vostra attiva testimonianza dello spirito

forte delle istituzioni della Repubblica, di quella “*unità*” nazionale, che è fondamento dei doveri costituzionali del mio Ufficio e fonte del rinnovamento della nostra vita politica e amministrativa.

Per questo io, come Voi al momento dell'ingresso nella carriera prefettizia, ho giurato fedeltà alla Repubblica e leale osservanza della Costituzione.

La mia fiducia in Voi nasce dalla conoscenza delle Vostre tradizioni; è rafforzata dai contatti diretti che durante questo primo anno di Presidenza della Repubblica ho avuto con molti di Voi, soprattutto in occasione delle visite nelle diverse realtà regionali, provinciali e comunali.

Con questo animo Vi rivolgo il mio saluto e il mio augurio.

**5.6. 2-6-2003 - Dichiarazione del Presidente della Repubblica
Carlo Azeglio Ciampi al termine della Festa Nazionale della Repubblica**

È sempre una gioia avere i giardini del Quirinale pieni di folla, per la Festa della Repubblica. Quest'anno i giardini, come sapete, sono stati restaurati, come necessario fare di tanto in tanto.

1081

Mi piace ricordare che l'apertura dei giardini del Quirinale ai cittadini si ebbe per la prima ed unica volta nel secolo passato nel 1849, ai tempi della Repubblica Romana.

La giornata di oggi si è aperta con l'omaggio al Milite Ignoto, ed è poi proseguita stamani con la parata ai Fori Imperiali, che ha offerto ai cittadini l'occasione per esprimere ancora una volta il loro affetto, la loro fiducia nelle Forze Armate e nelle Forze dell'Ordine, che questo affetto e questa fiducia se li meritano: per il servizio che rendono alla nazione in Patria, come per l'opera di pace che svolgono in Paesi stranieri, con grande senso del dovere, con genuino spirito di servizio e di sacrificio.

Il mio pensiero va anche al volontariato, religioso e civile. Che posso dirvi? Queste giornate ci danno anche modo di sentire il polso della Nazione: ci offrono l'immagine di un Paese che si merita di godere queste giornate di festa, perché è un Paese forte e laborioso. E' anche un

Paese che vuole la concordia civile. Sa che lo spirito di concordia giova alla Nazione, l'aiuta a crescere, mentre una eccessiva conflittualità reca danno a tutti. Non sono io solo a dirlo, e non mi stanco di dirlo perché so di esprimere così il sentimento degli Italiani.

Un'ultima riflessione sull'Europa, che è sempre in cima ai miei pensieri, ora soprattutto che i lavori della Convenzione Europea sono giunti a un punto cruciale nel percorso verso un nuovo Trattato Costituzionale. Mi auguro che i membri della Convenzione, e poi le istituzioni, i governi, diano prova di coraggio, di lungimiranza come più volte hanno fatto in passato in momenti decisivi.

Punto qualificante è a mio avviso l'estensione graduale del voto a maggioranza ad aree sempre più vaste e importanti, quali la politica estera e della sicurezza comune.

1082

Un amico mi ha ricordato una riflessione del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi. Risale al marzo del 1954. È altrettanto vera oggi, e me la sono annotata. Scriveva Einaudi, allorché il cammino dell'unificazione europea si era appena avviato: "Nella vita delle nazioni di solito l'errore di non saper cogliere l'attimo fuggente è irreparabile. La necessità di unificare l'Europa è evidente. Gli stati esistenti sono polvere senza sostanza. Solo l'unione può farli durare. Il problema non è fra l'indipendenza e l'unione; è fra l'esistere uniti e lo scomparire". Così scriveva Einaudi mezzo secolo fa.

Oggi l'Unione Europea è una realtà: ma se non si coglierà questo attimo fuggente per farle fare un altro decisivo avanzamento, sulla base degli "ideali di libertà" comuni, di cui parlava già Einaudi, si farà un errore storico, forse irreparabile.

Ho fiducia che l'errore sarà evitato.

Aggiungo, e mi rivolgo in primo luogo a voi giovani, che tanto amate la pace: non dimentichiamo mai che se da tre generazioni il cuore dell'Europa gode di una vera pace nella libertà, lo dobbiamo a quella scintilla innovatrice, lo spirito comunitario, che mezzo secolo fa ispirò i sei Paesi fondatori.

L'Unione Europea non è un'alleanza. È soprattutto una integrazione di popoli e di stati.

Auguri a tutti voi, cari amici della stampa e delle telecomunicazioni, per la Festa della Repubblica. E colgo l'occasione per ringraziarvi per l'attenzione scrupolosa con cui seguite il lavoro che qui ci sforziamo di fare.

5.7. 01-06-2005 Messaggio agli italiani del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della Festa Nazionale della Repubblica

Cari Italiani, Care Italiane,

è la settima volta che festeggiamo insieme il 2 giugno, un giorno di memoria e di speranza che abbiamo riscoperto insieme, che ha dato voce al desiderio di partecipazione dei cittadini, al bisogno di affermare la nostra identità nazionale.

In questo momento ci sentiamo più che mai uniti nel dolore per la perdita dei quattro militari italiani componenti l'equipaggio dell'elicottero caduto ieri nel deserto iracheno. Ci sentiamo tutti vicini ai familiari nel loro lutto.

Oggi ci stringiamo intorno alle istituzioni della Repubblica, ai valori di una Costituzione, lungimirante e saggia, nobile frutto di quella stagione di straordinaria rinascita che prese le mosse dalla guerra di Liberazione, della quale abbiamo festeggiato il 60° anniversario.

In questi anni, abbiamo sentito rifiorire in noi la consapevolezza, l'orgoglio di essere italiani; abbiamo visto consolidarsi un sentimento nazionale maturo.

Penso ogni giorno a Voi giovani, ragazzi e ragazze, che chiedete alle istituzioni, alle vostre famiglie occasioni per impegnarvi, che desiderate operare per il bene comune. Di questi sentimenti è chiaro sintomo la vostra grande partecipazione al servizio militare e al servizio civile volontari. Penso a Voi, e in Voi trovo speranza, anzi, certezza. L'Italia andrà avanti, superando ogni difficoltà, ogni ostacolo, ora come in passato. Aggiungo:

l'Italia sarà fra i protagonisti del rilancio dell'Europa; rilancio che c'è sempre stato dopo ogni battuta d'arresto. Noi italiani crediamo davvero nei valori dell'unione tra i popoli europei. È un progetto di avanzamento civile e sociale.

È il Vostro progetto, il progetto di una gioventù che non concepisce barriere allo scambio fra i popoli, che pensa il proprio destino intrecciato a quello dei giovani degli altri Paesi europei. Sappiamo che a quell'ideale dobbiamo oltre mezzo secolo di pace fra i popoli dell'Unione Europea. Al proprio interno, l'Italia deve dare ora maggior spazio ai giovani, in tutti i settori della vita civile: nell'impresa, nelle amministrazioni pubbliche, nella scuola, nell'università, nella politica. C'è bisogno di nuove energie, di un rinnovo che valorizzi appieno le potenzialità delle nuove generazioni. C'è bisogno di passione civile che animi ciascuno di noi, giovani e meno giovani, nel proprio operare quotidiano. Bisogna scuoterci di dosso quel torpore che si è largamente diffuso, rifuggire dalle sottili dispute che consumano la vita quotidiana.

1084

Affrontiamo, confrontandoci, i problemi veri del Paese con la volontà di arrivare a soluzioni condivise. E traduciamole in atti concreti. Abbiamo avuto la fortuna di nascere in un Paese unico al mondo, per le sue bellezze naturali, per il suo patrimonio di civiltà.

Domani, sentendovi idealmente vicini, salirò le scale del Vittoriano per rendere onore ai Caduti per la Patria, di ieri e di oggi. Ci stringeremo attorno alle nostre Forze Armate a Via dei Fori Imperiali. Forze Armate rinate nella guerra di Liberazione e oggi impegnate in missioni di pace nel mondo. Domani è la festa degli Italiani, è il nostro compleanno comune. Trascorriamola in serenità con gli amici, con la famiglia, anche questo ci aiuterà ad operare per il bene della nostra Patria. Viva la Repubblica! Viva l'Italia!

5.8. 31-12-2005 - Messaggio di Fine Anno del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi agli italiani

Care Italiane, cari Italiani,

è questo il settimo incontro di fine anno con voi, l'ultimo prima del termine del mio mandato presidenziale.

I commiati, quanto più sono sentiti, tanto più debbono essere brevi.

E breve intende essere questo mio di stasera.

Tenterò di esprimere l'animo con il quale ho vissuto questi sette anni, il messaggio che ho cercato di inviarvi.

Più volte mi sono riletto il testo dell'impegno preso in Parlamento il 18 maggio 1999, il giorno del mio giuramento.

Quell'impegno si ispirava alle iscrizioni scolpite sui frontoni del Vittoriano, l'Altare della Patria: "per la libertà dei cittadini, per l'unità della Patria".

Non è retorica, è l'essenza stessa del nostro convivere civile.

L'essere chiamato a rappresentare l'Italia, a essere garante della sua Costituzione, l'ho vissuto non solo come un altissimo mandato, ma soprattutto come un dovere, una missione.

1085

Per questo ho voluto abitare, con mia moglie, sin dal primo giorno, nel Quirinale: da sette anni è la mia casa, la casa del Presidente della Repubblica, la casa degli Italiani.

Per questo ho insistito nel richiamare i simboli più significativi della nostra identità di Nazione, dal Tricolore all'Inno di Mameli, l'inno del risveglio del popolo italiano; e nel rievocare il nesso ideale che lega il Risorgimento alla Resistenza, alla Repubblica, ai valori sanciti nella sua Carta Costituzionale.

Per questo ho visitato ogni provincia d'Italia e ho voluto che agli incontri nelle città capoluogo partecipassero tutti i Sindaci dei Comuni della Provincia.

Ho vive nella mente, e ancor più nel cuore, le immagini delle piazze delle cento province d'Italia, delle 8.000 fasce tricolori dei Sindaci dei Comuni d'Italia, delle tante migliaia di cittadini, di ogni età e ceto, che durante quelle visite si sono voluti stringere intorno al Presidente della Repubblica, al loro Presidente.

Ovunque, nella varietà dei panorami, lo stesso spettacolo, lo stesso entusiasmo, lo stesso amore per la propria città e per la Patria.

Il mio lungo viaggio in Italia è stato la più bella esperienza che ha accompagnato l'intero settennato: mi ha dato sostegno, ha alimentato la mia forza morale e fisica.

Lo ho iniziato senza avere un preciso disegno, né esperienza di contatti diretti con la gente.

Proprio questa mancanza di preparazione mi ha spinto a presentarmi a Voi come sono, come un italiano che si rivolge a ogni altro italiano.

E con voi è avvenuta una sorta di scambio.

Vi ho parlato di ciò che avevo nel cuore e nella mente. Di ciò che si era sedimentato in me stesso sin dalla gioventù, vissuta in un periodo tormentato per la nostra Patria, e poi nei lunghi anni in cui mi è stato dato di servire lo Stato; e al tempo stesso di vivere una normale, serena vita di una comune famiglia italiana.

1086

E voi mi avete contraccambiato. Mi avete dato molto di più di quanto io vi abbia dato, di quanto potessi darvi.

Ho constatato quanto sia vivo in tutta Italia uno spirito costruttivo di civile solidarietà, radicato nella nostra antica tradizione comunale, libero da vincoli di parte.

Esso anima le tante iniziative di volontariato, in Italia e all'estero, ovunque nel mondo la nostra presenza possa essere di aiuto.

Dai nostri incontri ho tratto anche consapevolezza di quanto sia diffusa, e già in atto nel Paese, da Nord a Sud, una forte, spontanea reazione ai problemi e alle difficoltà insiti nell'impegnativo confronto, politico, economico e sociale, in un mondo, quale quello contemporaneo, investito dalla globalizzazione.

Ci uniscono, e ci danno forza, il nostro ingegno, il nostro estro creativo, la nostra passione al lavoro.

Ed è di conforto il senso della identità italiana che anima anche le nostre comunità incontrate nei miei numerosi viaggi all'estero.

A loro, come a ogni italiano che vive in Patria, mi rivolgo stasera, così come feci sette anni fa.

* * *

Quello che mi ha sorretto, e che ho cercato di trasmettervi, è l'orgoglio di essere italiani. Siamo eredi di un antico patrimonio di valori cristiani e umanistici, fondamento della nostra identità nazionale.

Come Presidente della Repubblica Italiana mi sono proposto di esercitare imparzialmente il mio mandato, e ho costantemente rivolto a tutti l'esortazione al dialogo, al confronto leale, aperto, reciprocamente rispettoso.

Come Presidente, ho voluto esprimere il senso della dignità di cittadino di una libera democrazia: dignità che è consapevolezza delle responsabilità del proprio stato, dei propri diritti, ma ancor più dei propri doveri.

1087

Ho affermato la laicità dello Stato. E ho fortemente sentito l'importanza della felice convivenza, in questa città di Roma, di due Stati, indipendenti e sovrani.

Ho avvertito nella concordia e nella condivisione di fondamentali valori da parte di Stato e Chiesa, e nella operosa collaborazione, nella società, di laici e credenti, un elemento di grande forza per la nostra Patria.

Con questo spirito invio un particolare augurio a Sua Santità Benedetto XVI, che ha ereditato dal Suo indimenticabile predecessore, Giovanni Paolo II, la missione di apostolo della fratellanza tra i popoli, del dialogo tra le fedi e le civiltà.

* * *

I convincimenti che ho sommariamente richiamato sono stati l'ispirazione e il filo conduttore del mio comportamento, delle iniziative e delle posizioni prese in questi sette anni sui tanti temi interni, europei,

mondiali, sui quali mi sono espresso, e sui quali stasera non intendo tornare.

Ma sento ancora una volta il dovere, il bisogno di rivolgermi ai giovani.

Siete il nostro domani. La nostra speranza. La mia generazione si è impegnata nel salvaguardare e trasmettervi lo spirito che ci animò all'indomani di una guerra orrenda. Lo spirito che ci diede la forza di ricostruire le nostre città, di dar vita alle istituzioni di libertà che contraddistinguono la Repubblica Italiana, e l'Unione Europea, che abbiamo creato insieme con altri popoli.

Dai tanti incontri che ho avuto con voi ho tratto motivi di fiducia nell'avvenire della nostra Italia.

1088

So quanto siate impegnati nel prepararvi ad affrontare le sfide del futuro, insieme con i giovani di altri popoli, che condividono le vostre aspirazioni di progresso, di giustizia, di pace. La pace: mi sono rimaste impresse le parole rivoltemi da dei bambini nella piazza di Corleone: "la pace ti nasce dal cuore e si diffonde nell'aria".

Preservate i valori della nostra civiltà, che non soggiacciono al mutare delle mode. Primo fra essi l'amore per la famiglia, nucleo fondamentale della società, punto sicuro di riferimento per ciascuno di noi.

Siete nati e vivete in un'Europa di pace, di libertà. Tenete alti, e diffondete nel mondo, i suoi ideali. Toccherà a voi completarne e rafforzarne le istituzioni. Per tutti gli Europei non c'è un domani se non in una Unione Europea sempre più coesa.

* * *

Questi sono i sentimenti e le riflessioni che, nell'approssimarsi del congedo, affollano il mio animo. Li affido a voi che mi ascoltate.

Un pensiero, un augurio particolare vanno a coloro che soffrono, che stasera hanno per compagni il dolore, la solitudine.

E a tutti, care Italiane e cari Italiani, i più affettuosi auguri per il nuovo anno. Affrontatelo con fiducia, con speranza.

Possa il 2006 portare serenità a voi, alle vostre famiglie, alla nostra amata Patria.

Viva l'Italia!

5.9. Firenze - Accademia della Crusca, 09-04-2002 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione del conferimento del titolo di accademico "honoris causa" dell'Accademia della Crusca

Entro in questa nobile Accademia preso da emozioni complesse.

Amo la lingua Italiana. Avverto l'orgoglio di averla ereditata come mia lingua per nascita.

All'Università scelsi di essere iniziato al suo studio. Ho seguito i corsi di docenti quali Luigi Russo, Giorgio Pasquali, Augusto Mancini, Clemente Merlo.

1089

Sono stati miei compagni di corso alla Normale –e con alcuni di loro ho poi conservato dimestichezza di vita– studiosi quali Scevola Mariotti, Gianfranco Folena, Aurelio Roncaglia, divenuti filologi illustri non meno dei loro maestri.

Oggi, quale Presidente della Repubblica Italiana, avverto l'importanza della nostra lingua, prima di tutto quale componente essenziale di italianità e quindi come elemento fondante dell'unità della nostra Patria, ma anche e non meno quale lingua di cultura in Europa e nel mondo, veicolo della nostra civiltà.

Una lingua che entra nell'animo dello straniero che ad essa si avvicina e che spesso se ne innamora perché la sente capace, forse più di ogni altra, di esprimere con completezza, per la sua struttura e per la sua musicalità, sentimenti e stati d'animo.

Penso che potrei fermare qui il mio saluto a questa illustre Accademia.

Quant'altro aggiungerò, vogliate ascoltarlo in questo spirito e soprattutto come espressione del mio fermo convincimento dell'importanza di custodire, di studiare, di far conoscere la lingua italiana, e di apprezzamento per coloro che, come voi, a questo fine, a questa missione si sono dedicati.

Tra il Duecento ed il Trecento i letterati della penisola scrivevano ancora nei propri dialetti. Dalla metà del Trecento, si riconobbero Italiani in Dante, nella sua opera e nella sua lingua.

La Commedia si diffuse rapidamente dalle Alpi alla Sicilia e i suoi versi, tradotti in più di settanta lingue e dialetti diversi, hanno imposto al mondo l'immagine dell'italianità.

Un esempio commovente della potenza, tragicamente consolatrice, della Commedia e della stessa lingua italiana è contenuto in una pagina di "Se questo è un uomo" di Primo Levi.

1090

Nel campo di sterminio di Auschwitz, un giovane alsaziano, che conosceva bene il francese e il tedesco, voleva imparare l'italiano. Levi gli recitò parte del canto di Ulisse.

Il ragazzo, incantato, pregò lo scrittore di ripetere e ripetere ancora la sua recita. Levi credeva di sentire anche lui quelle parole per la prima volta "come uno squillo di tromba, come la voce di Dio. Per un momento, ho dimenticato chi sono e dove sono"; gli sembrò "qualcosa di gigantesco, che io stesso ho visto ora soltanto, nell'intuizione di un attimo, forse il perché del nostro destino, del nostro essere oggi qui".

Molte delle lingue europee si sono costituite come espressioni della capitale di uno Stato, imposte talora attraverso la forza delle armi. L'italiano, invece, è la lingua di un libro, la Commedia, divenuto riferimento per i letterati di tutta Italia, dal nord al centro, al sud, alle isole. La lingua di un poeta ha unificato la gente italiana nel crogiolo di una medesima cultura, poi di una nazione.

La lingua italiana è stata strumento di cultura straordinario. E' una lingua che ha la capacità di rinnovarsi per aderire alla realtà in continuo divenire e che, al tempo stesso, sa esprimere passioni, sentimenti e stati d'animo in forme immutate.

Se, ad esempio, recitiamo i versi di due poesie, ambedue dedicate all'Italia e scritte a distanza di ben cinque secoli, una dal Petrarca, l'altra dal Leopardi, le leggiamo, le comprendiamo con la stessa facilità. Ciò è possibile perché la lingua italiana, che pure muta in continuazione, è restata la stessa.

Gli studi e le stesse concrete esperienze storiche testimoniano quanto rilievo abbia avuto la comunanza di lingua nel costituirsi delle coscienze nazionali.

Il farsi della lingua e il farsi della Nazione si possono seguire nelle definizioni della parola "nazione" presenti nelle diverse "impressioni" del Vocabolario della lingua italiana dell'Accademia della Crusca.

Nelle prime tre, tutte del Seicento, la parola indica "generazioni di uomini nati in una medesima provincia o città". Nella quinta, ottocentesca, il termine acquista il significato principale di "Università degli uomini che abitano un medesimo territorio, parlano la medesima lingua, hanno tradizioni conformi e costituiscono un consorzio politico o stato retto da istituzioni comuni".

1091

Questa Accademia –nel crepuscolo delle fortune d'Italia che seguì agli splendori del Rinascimento– ha saputo elaborare il progetto di un Vocabolario dell'intero corpo di una lingua moderna, modello per tutti gli altri grandi vocabolari d'Europa.

Nel lungo periodo che precedette il decisivo risveglio del primo Ottocento, per molti aspetti la lingua italiana fu l'Italia.

In questa lingua gli scienziati, da Galileo a Volta, formularono le loro grandi scoperte; i poeti, da Tasso a Parini, crearono alti valori d'arte; economisti, filosofi, giuristi, da Verri a Genovesi, da Beccaria a Filangeri fecero valere i diritti della ragione.

Torno al nesso tra lingua e nazione. Questo nesso, colto per tempo da molti pensatori, antichi e medievali, emerge con forza nella riflessione romantica sulla vita e sulla storia dei popoli.

A partire dall'Ottocento, in Europa e in Italia, si affermò il concetto di nazione politica e con esso divenne essenziale il riferimento al

valore fondante della lingua. Una lingua, la nostra, che, tuttavia, soffriva della mancanza di coesione e libertà di un intero popolo.

È questo un altro aspetto del legame con la vita civile: la preesistenza di una lingua comune ha favorito il processo di unificazione politica; allo stesso modo, l'unità politica, una volta realizzata, ha promosso la diffusione dell'italiano tra la popolazione. La storia dell'Italia unita si accompagna a quella della alfabetizzazione di massa.

Non c'è alcun dubbio: un particolare circolo virtuoso si è instaurato tra la vita complessiva del nostro Paese e la vitalità della lingua.

Oggi, le esigenze incalzanti della comunicazione, in termini sociali e tecnologici, pongono problemi non facili di adeguamento dell'uso della lingua e di confronto con le altre tradizioni linguistiche presenti sul nostro territorio: quelle di antica eredità locale e quelle provenienti dall'esterno.

1092

“Il dialogo delle lingue” comincia nelle nostre comunità territoriali, testimonianza della straordinaria creatività che si riflette nelle “parlate locali” per proseguire nell'Europa e nel mondo.

Nei problemi della lingua si rispecchiano e si riassumono, come sempre, processi più profondi.

Sta a noi scoprire e “governare” questi problemi nella società del nostro tempo; sta agli studiosi del linguaggio seguire il prezioso e penetrante filo d'indagine che offre la loro materia di studio; sta alla Scuola, alle Università e alle Accademie, contribuire a tutelare il patrimonio di identità e di valori che nella lingua trova espressione, trasformandolo in strumento di educazione delle persone e delle cittadinanze.

Ripensare alla funzione socialmente aggregante della lingua è un modo per ripercorrere le tappe della storia della nostra Patria: una Patria che ha saputo superare i confini angusti del nazionalismo per costruire la “fratellanza tra tutti i popoli dell'Europa, e, per l'Europa, dell'Umanità” come ci ha insegnato Mazzini.

Un nuovo compito si è ora posto nella Europa unita, non solo per gli specialisti della materia, ma per ogni individuo attento ai fenomeni

culturali: come far vivere, senza antagonismi e pur in presenza di una lingua strumentale dominante, oggi l'inglese, le varie lingue nazionali dell'Europa che tende all'unificazione.

So che l'Accademia della Crusca è impegnata con le Accademie ed altre istituzioni linguistiche di tutti i Paesi dell'Unione Europea, nell'elaborazione di un programma per una politica linguistica comune.

Il dialogo delle lingue deve farci riflettere sulle possibilità che la comunicazione umana offre –ha sempre offerto, se consideriamo il cammino della storia– alle intese, tra i singoli e tra i popoli. Solo nel dialogo, fra i singoli e fra i popoli, si costituisce quell'esperienza umana fondamentale che è la consapevolezza del valore dell'“alterità”, il partecipare di ognuno al mondo comune nel rispetto reciproco.

La difesa delle lingue nazionali europee non è –e non vuole essere– un atto di campanilismo. La cancellazione delle identità culturali renderebbe passivi, e dunque meno liberi. Le differenze di lingua, di costumi, di tradizioni sono elemento di forza e di vitalità della cultura europea.

1093

Signori Accademici,

Stiamo costruendo da 50 anni una comune cittadinanza. Essa sarà sintesi di quei valori che le coscienze europee sentono comuni, che esprimono con parole diverse, ma con uguale intensità e convinzione.

L'Italia ha molto da offrire. Chi ha a cuore il progresso e la pace può e deve ispirarsi ai principi del dialogo, del rispetto di chi è diverso da noi. Può e deve adoperarsi per spegnere le intolleranze e le contrapposizioni tra civiltà in nome di una solidarietà fra tutti i popoli che trova la sua ragion d'essere nobile e profonda nella comune condizione umana.

Sono principi che artisti e pensatori hanno espresso nella nostra lingua con sostanziale continuità, codificandoli in secoli di letteratura, arte, filosofia, diritto, scienza. Siamo consapevoli che tali valori devono essere continuamente elaborati attraverso la contemporaneità da noi vissuta, per consegnarli, dotati di rinnovato vigore, alle generazioni dei cittadini europei e del mondo che verranno dopo la nostra.

Dobbiamo riscoprire continuamente la bellezza della nostra lingua, le sue straordinarie qualità e, al tempo stesso, dobbiamo ritrovare la passione per quei valori che essa è riuscita ad esprimere così bene, tramandandoli nei secoli.

Nei miei viaggi per il mondo trovo un grande amore per la lingua italiana e il desiderio di conoscerla e di apprenderla.

Soprattutto ai giovani è affidato il compito di far conoscere e diffondere questa lingua insieme ai contenuti estetici ed etici di cui è interprete, per generare in loro stessi la determinazione e il fiducioso ottimismo necessari ad immaginare e realizzare il proprio futuro.

C'è un'identità italiana che è lingua, arte, pensiero e che affonda le sue radici nei secoli.

C'è un filo rosso che parte dagli inizi dell'Ottocento e che lega il Risorgimento alla Resistenza e alla Repubblica, perseguendo due chiari obiettivi: Unità, Libertà.

1094

La memoria quanto mai viva in noi di questa lunga storia anima ed ispira il nostro agire.

5.9.9a. Testo del conferimento della nomina di accademico honoris causa

Signor Presidente,

Dalle parole ferme e circostanziate che Ella ci ha rivolto in vari incontri precedenti, abbiamo avvertito quanto rilievo abbiano nel Suo pensiero tutti i valori –umani, culturali, civili– della lingua; e quanto Le sia presente la tormentata vicenda che anche la nostra lingua ha subito prima di riuscire a stringere davvero in un solo vincolo «un popol disperso». Il sostegno che ci viene da queste Sue così aperte convinzioni e posizioni ha dato e darà ancora un impulso particolare alla nostra attività: Le siamo debitori del rinnovato coraggio che ci assiste nel condurre il nostro lavoro.

È per questo che abbiamo osato chiederLe, Presidente, di sentirsi ancora più vicino alla nostra istituzione accettando la nomina ad

Accademico honoris causa, che il Collegio ha appena conferito al Presidente Ciampi, accogliendolo poco fa nella propria seduta straordinaria.

La nomina è accompagnata da questo testo:

«Il Collegio degli Accademici della Crusca, che nelle sedute ordinarie precedenti aveva più volte preso atto del costante incoraggiamento che deriva all'Accademia dall'operato del Capo dello Stato, Carlo Azeglio Ciampi, e in particolare dai suoi frequenti richiami ai valori civili e politici della lingua e alla storia linguistica d'Italia, riunito oggi, 9 aprile 2002, in seduta straordinaria, delibera all'unanimità e per acclamazione di nominare

CARLO AZEGLIO CIAMPI

Accademico honoris causa

Dalla formazione umanistica acquisita negli studi universitari, dalla frequentazione di alti maestri del pensiero filosofico, dalla passione per la libertà e dal lungo impegno per le sorti economiche e politiche d'Italia, Carlo Azeglio Ciampi ha tratto piena consapevolezza del vincolo che lega la nazione italiana e la sua lingua. Da Presidente della Repubblica Italiana, si è fatto garante di questo vincolo, sottolineando spesso il ruolo primario che la nostra lingua, nata prontamente dall'opera di poeti, ha avuto nel libero costituirsi della civiltà italiana e nel realizzarsi dell'unità d'Italia. Ha riconosciuto il compito storico e attuale dell'Accademia della Crusca, sostenendone, con il suo alto patronato, le iniziative che promuovono gli studi e la diffusione della lingua italiana nel mondo e concorrono anche alla salvaguardia delle culture e delle lingue che sono patrimonio comune dell'Europa unita».

1095

5.10. Pechino 06-12-2004 - Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi, in visita di Stato nella Repubblica Popolare Cinese, in occasione dell'incontro con gli italianisti cinesi e studenti universitari di lingua italiana

Professor Lu,

Signor Ambasciatore,

Magnifico Rettore,

Signori Professori,

Cari studenti,

ho ascoltato con attenzione i vostri interventi. Apprezzo il vostro convinto impegno. La determinazione, l'entusiasmo con cui vi dedicate alle vostre ricerche e ai vostri studi esprimono l'aspettativa che la lingua e la cultura italiana siano meglio conosciute in Cina.

Il dialogo tra Italia e Cina, eredi di due grandi civiltà, risale ai contatti con l'Impero Romano riportati dalle cronache cinesi, ai viaggi di Marco Polo e dei mercanti italiani nel tredicesimo e quattordicesimo secolo, all'intenso scambio che, attraverso il continente eurasiatico, ha collegato da secoli la Cina e l'Europa.

Questa ricca eredità ci sorregge nell'opera rivolta a fare dell'italiano, come lingua e come cultura, un proficuo canale di comunicazione reciproca.

1096

In tutti gli incontri con i vostri colleghi all'estero, ho sempre sottolineato la centralità dell'impegno legato al compito di italianista. Fatelo con passione e con senso di responsabilità: l'affermazione della lingua italiana in Cina è un obiettivo prioritario. Non dimenticate mai che operate in un paese-continente per dimensione territoriale, demografica, culturale.

L'interesse verso la nostra lingua in questo Paese è crescente tra molteplici categorie di cittadini - studenti, professionisti, giuristi, ricercatori, imprenditori. Tuttavia, i dati sulla diffusione dell'italiano sono ancora modesti: sia per numero di studenti che seguono corsi di lingua presso università e scuole, sia per numero di cattedre di italiano nelle università.

È necessaria una rapida inversione di tendenza, un salto di qualità: attraverso il potenziamento dei corsi, l'incremento delle cattedre, il consolidamento della collaborazione accademica.

Il successo nella diffusione dell'italiano in Cina è anche collegato all'incremento del flusso, oggi ancora limitato, degli studenti cinesi in Italia. Numerose università italiane hanno manifestato una concreta

disponibilità ad accogliere un maggior numero di studenti cinesi ed a facilitare loro una familiarità con la nostra lingua, essenziale al proseguimento degli studi in Italia. Il “Progetto Marco Polo”, con il quale la Conferenza dei Rettori e la Confindustria intendono far conoscere il sistema universitario italiano in Cina e facilitare l’inserimento degli studenti negli atenei italiani, costituisce un significativo avanzamento.

A queste finalità corrispondono anche altre collaborazioni universitarie. Ve ne sono diverse: i programmi formativi realizzati dall’Università Bocconi; le attività di ricerca promosse dal Politecnico di Milano; l’accordo tra la Scuola Superiore S. Anna di Pisa e l’Università di Chongqing; le iniziative di alta formazione intraprese dalla Venice International University. Si aggiungono altri sviluppi promettenti, cui spero seguiranno presto fatti concreti: l’istituzione di un Centro di alti studi sulla Cina a Torino; di un Collegio di Cina a Bologna, destinato ad accogliere, in un qualificato ambiente accademico, autorevoli studiosi cinesi.

La diffusione dell’italiano può essere assecondata anche da iniziative complementari, volte a favorire una migliore conoscenza delle nostre reciproche culture. Ne cito alcune: l’impegno congiunto di esperti italiani e cinesi nel restauro di un grande monumento della civiltà cinese, quale la Città Proibita; la prevista collaborazione per il restauro della Grande Muraglia; l’allestimento del Museo della civiltà che sarà inaugurato a Pechino in occasione delle Olimpiadi del 2008; la mostra “verso il primo impero” di prossima inaugurazione presso le Scuderie del Quirinale. Altri progetti includono mostre su Matteo Ricci, sull’intreccio della seta con lo sviluppo della società, sul percorso storico della via della seta in un tracciato ideale fra Venezia e Xian. Il 2006 sarà l’Anno dell’Italia in Cina: arti figurative, letteratura, teatro, musica, cinema, moda, architettura e design saranno portati all’attenzione del grande pubblico cinese nel quadro di un ambizioso programma di manifestazioni.

Il filo conduttore è la creatività italiana attraverso i secoli.

Un maggiore interscambio culturale, una maggiore diffusione dell’italiano sono necessari nell’interesse reciproco. L’intensificazione delle relazioni economiche tra Italia e Cina, l’aumento dei traffici commerciali

nei nostri porti mediterranei, il consolidamento dei collegamenti aerei, richiedono il superamento di molti ostacoli anche linguistici, non solo amministrativi.

Abbiamo di fronte grandi opportunità. Sta a noi saperle cogliere per contribuire ad affermare nel mondo solide prospettive di dialogo e di collaborazione. È questo il fondamento della pace, della sicurezza, dello sviluppo.

Con questi sentimenti, rinnovo a voi tutti, e soprattutto ai giovani, l'incoraggiamento a fare della lingua e della cultura, un ponte per avvicinarci maggiormente gli uni agli altri.

Colloquiando... con tre dense paginette

✍ PAOLO CARNEVALE*

1. È per me davvero un piacere particolare partecipare a questa iniziativa, promossa congiuntamente da studiosi di molti paesi, volta a celebrare il contributo dato dal Prof. Roberto Romboli allo sviluppo degli studi costituzionalistici, anzi, direi, meglio ancora, al progresso della cultura costituzionalistica, in modo da ricomprendere nel riconoscimento, non solo l'alta qualificazione del suo magistero scientifico, ma anche il ruolo di instancabile organizzatore di iniziative di approfondimento e di studio, ideatore e promotore di organismi di ricerca, animatore e attento curatore di relazioni scientifiche, maestro e formatore di diverse generazioni di studiosi.

1099

A lui, peraltro, mi sento legato da un rapporto in cui stima scientifica e personale amicizia sono inscindibilmente implicate, la prima illuminando la seconda e viceversa, senza che nel mio sentire possa in alcun modo stabilirsi una gerarchia.

Tutto questo mi porta ad essere davvero grato ai colleghi promotori di questa iniziativa per avermi voluto coinvolgere.

Ho pensato di costruire il mio contributo utilizzando un approccio dialettico: entrando, cioè, in discussione con il suo pensiero; esperienza, questa, che in occasione della lettura dei suoi lavori mi è spesso capitato di vivere. Chiarezza assoluta e rara efficacia dell'analisi, capacità di cogliere e mettere a fuoco il cuore delle questioni, costante congiunzione fra elaborazione teorica e dato positivo sono tra le cifre caratteristiche della sua produzione scientifica che mi hanno sempre colpito, inducendo in me,

* Professore Ordinario. Università degli studi Roma Tre.

di là da un senso di sottile invidia, lo stimolo a rimeditare e ricercare. Eh sì perché dalla lettura dei suoi scritti, ma anche nelle tante circostanze di comune confronto e discussione, oltre ad apprendere molto, ho ogni volta ricevuto sollecitazioni a riflettere che mi hanno portato ad approfondire e rielaborare. Che poi, talvolta sia pervenuto ad esiti di condivisione o talaltra a risultati diversi poco importa. Quel che invece per me assolutamente rileva è il fatto che in ogni caso io mi sia alimentato alla sua riflessione.

È quanto mi è successo anche in questa occasione confrontandomi con tre dense paginette di un suo recente lavoro. È da esse che ha preso forma questo contributo che vuole così testimoniare il mio debito scientifico (e la conseguente gratitudine) nei confronti del Prof. Roberto Romboli.

2. Le tre dense paginette cui alludo sono quelle di un recente saggio che apre il volume in ricordo del Maestro, il Prof. Alessandro Pizzorusso, ad un anno dalla sua scomparsa, in cui sono raccolti i contributi dei vari partecipanti alla tavola rotonda organizzata per l'occasione e dedicata alla giustizia costituzionale –area tematica a lui così cara– ed in particolare alla questione dell'ondeggiamento di ruolo del nostro giudice costituzionale che è dato cogliere nella più recente giurisprudenza, evocata dall'icastico titolo: “Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e l'anima ‘giurisdizionale’”¹.

Si tratta di uno studio introduttivo ad ampio spettro che, con acutezza e singolare capacità di sintesi, offre un quadro complessivo dei principali e più significativi segnali, emersi dalla giurisprudenza più recente, di quella che potremmo chiamare la sintomatica dell'oscillazione duofisita della Corte. Davvero un sapiente affresco in grado di unire assieme capacità rappresentativa ed elaborazione problematica. La sua lettura –come dicevo– è stata per me foriera di molti stimoli, suscitando una

1 R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), Torino, 2017.

serie di riflessioni, commenti, osservazioni che ho diligentemente annotato a matita a margine dello scritto, assieme a semplici segni e sottolineature, rispolverando una tecnica un po' *retro* e ormai desueta in tempi di digitale, *file* e scrittura elettronica.

Voglio qui condividere, in particolare, le considerazioni ispiratemi dalla lettura di quella parte, assai critica, dedicata alla giurisprudenza costituzionale in tema di limiti allo scrutinio di costituzionalità delle leggi elettorali –le tre dense paginette, per l'appunto²– con specifico riguardo al principio di non discontinuità della legislazione in materia, in quanto “costituzionalmente necessaria” e, di conseguenza, all'impossibilità per la Corte costituzionale di pervenire ad una pronunzia di accoglimento da cui non venga a residuare una disciplina immediatamente applicabile.

Riassumo qui brevemente i passaggi essenziali del ragionamento svolto dal Prof. Romboli.

3. Vengono innanzitutto ricordate le origini di una simile teorica che affonda le sue radici nello scrutinio operato dalla stessa Corte in sede di giudizio di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo e che solo in tempi recenti –in occasione delle “storiche” sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017– è approdata, quantomeno in modo esplicito, al giudizio di legittimità costituzionale³. Quasi ad immaginare una sorta di perimetro comune fra intervento del *popolo* e intervento del giudice costituzionale nel sindacato di costituzionalità, che si traduce in un parallelismo fra giudizi –quello di ammissibilità sulle richieste referendarie

2 Il riferimento è, più esattamente, alle pagine da 15 a 17 del saggio in questione. Le riflessioni in esse contenute, peraltro, costituiscono svolgimento di quanto l'Autore aveva già criticamente rilevato in due note a commento delle sentenze della Corte costituzionale nn. 1 del 2014 e 35 del 2017. Ci si riferisce a: *Id.*, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro it.*, 2014, I, 677 ss.; *Id.*, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro it.*, 2017, I, 788 ss.

3 Una attenta disamina di questo percorso, dal conio originario in sede di giudizio di ammissibilità delle richieste di *referendum*, all'approdo al giudizio di costituzionalità, si può ora leggere in P. VIPIANA, *La legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2019, 1.

e quello di legittimità costituzionale— che tuttavia rispondono «a criteri e presupposti assai diversi»⁴.

Orbene, qualche prima considerazione va svolta con riguardo proprio a quelle radici.

Vero è che la categoria delle leggi costituzionalmente necessarie (od obbligatorie) trova proprio nel sindacato sull'ammissibilità delle richieste di abrogazione popolare la sua primitiva formulazione, ma si tratta invero più che di una *formulazione* di una diacronica *ri-formulazione*, non *quoad substantiam* ma *quoad rationem*.

Mi spiego.

In principio, con quella definizione la giurisprudenza costituzionale intendeva riferirsi alla classe delle leggi di attuazione della Costituzione che, in ragione del fatto di esprimere una disciplina che *discrezionalmente* offriva al testo costituzionale il necessario svolgimento e l'implementazione, non poteva considerarsi sottratta all'intervento del *referendum* abrogativo, a differenza della *species* delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato", la quale si distingueva dalla precedente —e per questo individuava un limite (sia pur implicito) all'ammissibilità delle richieste referendarie— proprio pel fatto di raccogliere in sé tutte quelle leggi ordinarie che attuavano sì la Costituzione, ma nell'unico modo possibile, senza un'effettiva libertà di scelta per il legislatore⁵. Abrogare una simile legge, infatti —stante il nesso così stretto fra questa e la Costituzione (o legge costituzionale) da far immaginare l'esistenza di una vera e propria saldatura dell'una all'altra— avrebbe avuto, secondo la Corte, il

4 R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 15.

5 Cfr. Corte cost., sent. n. 16 del 1978, punto 3 del *cons. in dir.*, che, per la prima volta, ha fatto riferimento a tale tipologia di leggi, le quali venivano ivi definite come quelle «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)», distinguendola da quella delle «leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione», le quali, in quanto «non realizzano che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione» non possono invece ritenersi sottratte al *referendum* abrogativo (punto 9 del *cons. in dir.*).

significato di incidere in maniera obliqua sulla stessa Carta costituzionale. Questa avrebbe finito per costituire l'oggetto vero della richiesta ablativa: ciò che per un atto legislativo quale è il *referendum* abrogativo sarebbe senz'altro da escludere.

Una tale distinzione, peraltro, riposava su di una duplice premessa teorica.

Da un verso, l'affermazione implicita del principio del divieto anche transitorio di riproduzione della normativa abrogata dal popolo ad opera del legislatore, solo molto più tardi espressamente affermato dalla Corte costituzionale⁶; dall'altro, che andasse mantenuto distinto lo scrutinio sull'ammissibilità delle richieste di *referendum* da quello sulla legittimità costituzionale della normativa eventualmente derivata dall'abrogazione popolare, non potendosi, né dovendosi tradurre i limiti vevoli nel sindacato in quest'ultima sede in vincoli utilizzabili anche nella prima. Ciò anche qualora l'incostituzionalità della normativa di risulta fosse ragionevolmente prefigurabile *ex ante*, prima cioè dello svolgimento della consultazione popolare⁷.

1103

Il fatto è però che quella distinzione categorica ha avuto nella giurisprudenza costituzionale tenuta assai breve. Prima travolta in fatto, stante il carattere –rivelatosi ben presto assai misterioso se non proprio

6 In modo esplicito e decisivo nella sentenza n. 199 del 2012, con cui è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), in quanto sostanzialmente riproduttivo della disciplina in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, già contenuta nell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), che era stato abrogato dal referendum del 12-13 giugno 2011. Tale pronuncia, peraltro, si poneva nel solco di precedenti decisioni della Corte in cui era stato paventato il suddetto vincolo di non riproduzione: sentt. n. 468 del 1990, 32 e 33 del 1993 ed ord. 9 del 1997.

7 Sia consentito, per questa duplice considerazione, il rinvio a P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una "storica" sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, Milano, 2006, 151 ss. e 168 ss.

mitico⁸– della nozione stessa di attuazione costituzionale a contenuto vincolato, per cui nei casi nei quali la Corte ha fatto valere un simile limite all'ammissibilità delle richieste referendarie s'era in realtà in presenza di iniziative ablatorie aventi riguardo a leggi costituzionalmente necessarie. Successivamente, *re melius perpensa* è stata negata anche sul piano teorico dal giudice costituzionale che, con uno dei tanti *revirement* che caratterizzano la tortuosa giurisprudenza in materia, ha finito per estendere il limite di inammissibilità originariamente riguardante le sole leggi a contenuto costituzionalmente vincolato anche alla *species* delle

8 F. MODUGNO, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale* (A proposito della richiesta di referendum di gran parte della legge n. 968 del 24 dicembre 1977), in AA.VV., *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Milano, 1982, 884, ha definito la categoria giurisprudenziale delle leggi a contenuto vincolato «una scatola vuota in cui si può mettere e da cui si può togliere quel che si vuole». Ma v. pure, in proposito, M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano, 1983, 209 ss. ed *ivi* richiami.

Vale tuttavia osservare che la cattiva accoglienza avuta in dottrina dalla categoria elaborata dalla Corte è forse andata anche al di là dei suoi propri limiti, stanti, da un verso, il fatto che un'analoga costruzione ha costituito, come noto, l'ingegnoso sostrato giustificativo delle pronunzie additive della Corte costituzionale, senza per questo generare una equivalente reazione critica, e, dall'altro, che la stessa giurisprudenza in tema di ammissibilità delle richieste referendarie ha fornito qualche ipotesi ad essa riconducibile, così da rubricarla, piuttosto che fantasiosa e concettualmente errata, semmai *species* esigua.

Mi sovviene, in proposito, il caso del disposto dell'art. 6 della legge n. 194 del 1988 in tema di interruzione della gravidanza, riguardante la specifica ipotesi del c.d. aborto terapeutico, vale a dire la possibilità di interrompere la gestazione anche oltre il termine ordinario dei primi novanta giorni, ove essa sia in grado di provocare «un grave pericolo per la vita della donna [... o] per la sua salute fisica e psichica», il cui coinvolgimento fu all'origine della pronunzia di inammissibilità di una richiesta di abrogazione del movimento per vita adottata con la sentenza n. 26 del 1981. Ora, di là dalle ambigue argomentazioni utilizzate dalla Corte in quell'occasione, mi sembra che quantomeno in questo suo nucleo essenziale il disposto in parola si ponesse come norma frutto di ponderazione obbligata fra valori costituzionali contrapposti –la vita e la salute della madre; la vita del nascituro– di identico pregio, il cui conflitto estremo non può che risolversi con il riconoscimento in capo alla gestante della facoltà di interrompere la gravidanza. Un'altra eventualità di attuazione costituzionale unidirezionale può riguardare norme ascrivite di poteri, ogniquale volta l'ascrizione risulti costituzionalmente imposta. Poteva, ad esempio, essere il caso del disposto dell'art. 40 del d.P.R. n. 616 del 1977 –oggetto di una iniziativa referendaria dichiarata inammissibile (ma per altre ragioni) con la sentenza n. 29 del 1993– nella parte in cui riservava allo Stato la formazione e l'addestramento delle forze armate e dei corpi assimilati; ciò, in quanto espressiva dell'unica scelta costituzionalmente ammissibile alla stregua del principio di unità-indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), dal quale discende il riconoscimento in capo allo Stato centrale del compito della difesa nazionale, di cui le funzioni suddette appaiono necessario corollario.

leggi costituzionalmente necessarie⁹. Queste ultime infatti –usando le parole della Corte– in quanto «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento»¹⁰. Ad essere preclusa, quindi, è la macro-violazione costituzionale conseguente all’impatto sul livello minimo di tutela del diritto costituzionalmente garantito (“il nucleo costituzionalmente irrinunciabile” di salvaguardia¹¹) che discenderebbe dalla totale caducazione della normativa di attuazione appartenente alla classe della legislazione “costituzionalmente necessaria”.

Ebbene, per quanto qui più direttamente interessa, questo regime di solo parziale abrogazione trova la sua definizione più chiara e la sua applicazione più tipica con riferimento alla legislazione elettorale che, nell’esperienza italiana, diviene una sorta di luogo ideale di sperimentazione dell’innovazione sul piano costituzionale attraverso lo strumento referendario¹². È proprio con riguardo ad essa che la Corte precisa che quel regime esprime l’esigenza di tutelare la non discontinuità funzionale della normativa in materia. Ne consegue che una legge elettorale può essere suscettibile di abrogazione parziale, purché da quella operazione ablatoria residui una disciplina immediatamente applicabile idonea a

9 Cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1987 su cui, volendo, v. P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi “costituzionalmente obbligatorie” ed inammissibilità di referendum “puramente” abrogativi: ancora una “svolta” nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, 308 ss.

10 Corte cost., sent. n. 49 del 2000, punto 3 del *cons. in dir.*

11 Parafrasando Corte cost., sent. n. 42 del 2000, punto 3.3 del *cons. in dir.*

12 Segnalo che si contano, sino ad oggi, ben diciassette (ho qui l’occasione di correggere il refuso aritmetico in cui sono incorso in P. CARNEVALE, *Sul voto il popolo non vota. Brevi considerazioni sulla sentenza n. 10 del 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2020, 2, ove per difetto ho indicato un numero complessivo di decisioni pari a 16) pronunzie della Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo, a partire dalla sentenza capostipite del 1987 (la n. 29), cui sono seguite le sentt. nn.: 47 del 1991, 32 e 33 del 1993, 5 e 10 del 1995, 26, 28 e 29 del 1997, 13 del 1999, 33 e 34 del 2000, 15, 16 e 17 del 2008, 13 del 2012 e, da ultimo, 10 del 2020.

garantire l'operatività del meccanismo elettorale, in modo da salvaguardare la perdurante funzionalità dell'organo elettivo (per lo più delle Camere), assicurata dalla permanente possibilità di rinnovo.

È evidente che, posta in questi termini, la dottrina sulla limitata abrogabilità delle leggi elettorali poteva estendersi anche ad altre forme di caducazione, ivi compreso l'annullamento per causa di illegittimità costituzionale, così che —come per tempo osservato da acuta dottrina— la Corte, oltre a sbarrare la strada ai *referendum* in materia elettorale, avrebbe finito per legare le mani a se stessa¹³. Cosa che è puntualmente accaduta nelle due storiche sentenze del 2014 e del 2017 con cui la Corte è pervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi recanti la disciplina per la elezione delle camere nn. 270 del 2005 e 52 del 2015, oggetto *in parte qua* delle critiche del Prof. Romboli.

1106

4. Sia, infatti, nel dichiarare nel 2014 l'incostituzionalità del premio di maggioranza senza soglia e del sistema delle liste bloccate lunghe previsti nella legge del 2005, che nel ripetere tre anni dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale per il premio di maggioranza senza soglia in sede di turno di ballottaggio e per il meccanismo di libera scelta del seggio da parte del capolista eletto in più collegi, di cui alla legge del 2015, la Corte si premura di dimostrare che le lacune aperte dall'annullamento della relativa disciplina non avrebbero pregiudicato «il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo»¹⁴. E questo, tanto nell'eventualità in cui il venir meno della normativa incostituzionale avrebbe comunque di per sé restituito un sistema elettorale operante, come nel caso dell'eliminazione dei congegni aggiuntivi dei premi innestati sul tronco di formule proporzionali, quanto in ipotesi di lacune immediatamente colmabili attraverso strumenti surrogatori, come il voto

13 Cfr. A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa. (A proposito di paralisi di funzionamento, leggi elettorali e controllo di costituzionalità)*, in *Foro it.*, 1997, I, 3199 ss. Ma un accenno alla problematica si può cogliere già in G. G. FLORIDIA, *Referendum elettorale e difetti della normativa di risulta: «inconvenienti» vs. «impedimenti»?*, in *Giur. cost.* 1993, 233.

14 Corte cost., sentt. n. 1 del 2014, punto 6 del *cons. in dir.*; n. 35 del 2017, punto 12.2 del *cons. in dir.*

di preferenza unica a fonte dell'eliminazione delle liste bloccate lunghe o il meccanismo del sorteggio al posto del criterio della libera scelta da parte del capolista plurieletto per la determinazione del seggio assegnato a quest'ultimo.

Due i rilievi critici mossi dal Prof. Romboli.

Il primo riguarda il fatto che una simile teorica «possa divenire una sorta di *passepourtout* valido per qualsiasi opzione decisoria»¹⁵, con il rischio che, onde assicurare la possibilità di giungere ad una pronunzia di incostituzionalità, la Corte finisca per affidarsi a delle operazioni esegetiche anche assai forzate. È il caso, ad esempio, della introduzione della preferenza unica, individuata dalla Corte come soluzione immediatamente alternativa alla eliminazione del sistema delle liste bloccate, in attesa di un eventuale intervento del legislatore, ancorché non ricavabile «da una norma giuridicamente esistente e pur se [...] non fosse mai stata prevista per l'elezione del senato»¹⁶. Senza poi dire del fatto che tale prospettiva surrogatoria finisce per atteggiarsi a pronunciamento additivo «in materia di voto di preferenza che, proprio sulla base della motivazione della Corte, non poteva ritenersi "a rime obbligate"»¹⁷.

1107

Non meno problematica, a questo proposito, l'indicazione relativa al sistema del sorteggio in qualità di meccanismo sostitutivo di quello della libera opzione del pluri-eletto colpito dall'incostituzionalità. Se, infatti, di quest'ultimo la Corte dichiara l'illegittimità «perché affida irragionevolmente alla decisione del capolista il destino del voto di preferenza espresso dall'elettore nel collegio prescelto»¹⁸, allora evidentemente è lecito dubitare che anche il criterio del sorteggio «vada esente da dubbi di conformità a quei principi costituzionali ritenuti dalla Corte violati dalla libera scelta del capolista»¹⁹. L'affidamento alla sorte, al pari della signoria del capolista, sembra soluzione affetta da assoluta arbitrarietà, quantomeno

15 R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 16.

16 *Ivi*, 17.

17 *Ibidem*.

18 Corte cost., sent. n. 35 del 2017, punto 12.2 del *cons. in dir.*

19 R. ROMBOLI, *op. cit.*, 17.

se vista alla luce della esigenza di tutelare il voto di preferenza espresso dall'elettore nel collegio.

Ebbene, tutto ciò appare come la conseguenza del fatto che la nostra Corte costituzionale, sposando la dottrina della necessaria auto-applicatività della normativa di risulta dalla declaratoria di incostituzionalità —ed è la seconda e più generale delle censure mosse dal Nostro— si è spinta su di «un terreno che non le appartiene, snaturando il proprio ruolo»²⁰. Ruolo che è quello «di giudicare sulla costituzionalità di una legge, mentre altri sono i soggetti ai quali spetta ricercare le soluzioni alternative»²¹.

Non si tratta certo di escludere che il giudice costituzionale, nel decidere, debba valutare e tener conto anche dell'impatto sistemico della propria pronunzia. Poiché, altrimenti, bisognerebbe arrivare a negare, sia il significato più profondo del sindacato di costituzionalità²², sia l'evoluzione storica della giurisprudenza che ha fatto del principio di stabilità e continuità dell'ordinamento giuridico una delle sue stelle polari²³.

1108

Si vuole, piuttosto, alludere alla vocazione evidentemente manipolativa che così viene ad assumere la declaratoria di illegittimità costituzionale atteggiandosi, parimenti, a *misura punitiva e strumento di redenzione*: repressione ed emendazione, al medesimo tempo. Questa distorsione parrebbe il prezzo da pagare alla eliminazione di una storica zona-franca

20 *Ivi*, 16.

21 *Ibidem*.

22 In quanto «il nucleo fondativo della giustizia costituzionale è la garanzia (non il pregiudizio) dell'ordinata vita dello Stato e del diritto, nel senso della costituzionalità» (così G. ZAGREBELSKY, Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti, in AA.vv., *Gli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento ad alcune esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, 218).

23 Basti qui richiamare il ruolo che l'esigenza di salvaguardia della stabilità e continuità dell'ordinamento giuridico ha avuto, sia nell'evoluzione dinamica —si pensi al processo incrementale di arricchimento tipologico delle tecniche e modalità decisorie del nostro giudice costituzionale— che nell'assetto statico —viene da rammentare la problematica dei limiti posti alla c.d. retroattività degli effetti prodotti dalla pronunzia di accoglimento della *quaestio legitimatis*— del nostro sistema di giustizia costituzionale ed, in specie, del sindacato di legittimità costituzionale esercitato sulle leggi.

del giudizio di costituzionalità –quella cioè riguardante le leggi elettorali per il rinnovo del Parlamento– che tuttavia finirebbe per delineare, per paradosso, una nuova zona-franca: «quella delle leggi costituzionalmente necessarie non eliminabili attraverso una incostituzionalità non manipolativa»²⁴. Non si può affatto escludere, infatti –di là da possibili forzature– che la soluzione alternativa non vi sia o che lo stesso legislatore scriva le leggi elettorali «in una forma tale che non consenta, in caso di dichiarazione di incostituzionalità, di residuare una normativa immediatamente applicabile»²⁵. Con la grave conseguenza di porre la stessa Corte «nella condizione, anche di fronte a situazioni di palese incostituzionalità, di non procedere alla dichiarazione di incostituzionalità»²⁶.

5. Si tratta, nel complesso, di un giudizio estremamente severo quello espresso dall'Autore che qui si celebra. Severità che sembra neutralizzare quasi del tutto il consenso espresso un momento prima nei riguardi della scelta, operata dalla Corte nelle due occasioni qui in esame, di forzare il meccanismo dell'incidentalità e di vincere l'ostacolo della *fictio litis* (per sostanziale identità di *petita* fra giudizio *a quo* e giudizio

1109

²⁴ *Ivi*, 17.

²⁵ *Ibidem*. In senso specularmente opposto, d'altro canto, si ricordi il caso della c.d. legge Mancino (legge 23 gennaio 1992, n. 33) che riformulò, come noto, il secondo comma dell'art. 17 della legge 6 febbraio 1948, n. 29 (l'allora vigente legge elettorale per il Senato), in tema di *quorum* di voti validi necessario per l'elezione dei candidati nei singoli collegi, proprio al fine di renderlo più facilmente "aggredibile" da parte del contestuale quesito referendario confezionato dal Comitato promotore guidato da Mario Segni (il quale mirava ad eliminare il *quorum* del 65% dei voti validi ai fini dell'elezione del candidato). Proprio la mutata formulazione, infatti, rendendo scorporabile la parte del testo relativa alla previsione della soglia suddetta da quella riguardante il riferimento al *quorum* del maggior numero di voti validi, poteva garantire, anche in caso di esito positivo del *referendum*, una normativa di risulta immediatamente applicabile. La richiesta referendaria fu poi dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 32 del 1993, e venne poi, come ognuno sa, approvata nella consultazione referendaria del 18 aprile 1993. Per approfondimenti su tale vicenda v.: A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 133 ss.; A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano, 2009, 141 ss.; A. GRATTERI, «Una modifica di carattere lessicale»: la sottile differenza fra non inferiore e maggiore all'origine del referendum elettorale del 1993, in Aa.Vv., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2020.

²⁶ R. ROMBOLI, *op. cit.*, 16.

ad quem)²⁷, dichiarando l'ammissibilità delle questioni provenienti da un giudizio promosso da un'azione di accertamento, avente riguardo la definizione della portata e dell'eventuale compressione del diritto di elettorato attivo *ex art. 48 Cost.* ad opera di disposizioni di leggi elettorali, reputandolo luogo idoneo a consentire la sollevazione dell'incidente di costituzionalità nei confronti di quest'ultime²⁸.

Ciò nel lodevole intento di eliminare la più classica delle zone-franche dal controllo di legittimità costituzionale sulle leggi esistente nel nostro ordinamento; scopo questo che ben può giustificare che si acceda ad interpretazioni giurisprudenziali «delle condizioni di accesso e dei requisiti richiesti per l'instaurazione del processo costituzionale»²⁹. E di farlo anche spingendosi –come nella specie– «quasi al limite del consentito»³⁰.

Sennonché, quello sforzo meritevole sembra –come dicevo– frustrato dalla dottrina dell'auto-applicatività della normativa elettorale e dai vincoli che ne derivano.

1110

Una simile condanna, pronunziata, per di più da un così autorevole studioso, ha attirato la mia attenzione, dandomi da pensare. Cercherò, a questo punto, di svolgere qualche mia considerazione.

6. Una prima osservazione riguarda il fatto che la giurisprudenza costituzionale in materia elettorale ha sempre mostrato di tener in massima considerazione il problema dei vuoti producibili dalle proprie sentenze di accoglimento e della perdurante funzionalità del meccanismo elettivo. E questo, ben prima dell'esplicitazione della dottrina dell'auto-applicatività fatta nel 2014. Anzi, com'è stato di recente mostrato, si tratta di una preoccupazione costante che ha sempre accompagnato l'operato

27 Sul punto v., per tutti, G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Riv. AIC*, 3/2013.

28 R. ROMBOLI, *op. cit.*, 14-15.

29 Ivi, 15.

30 *Ibidem*.

della Corte³¹. Mai, infatti, una sua pronunzia di incostituzionalità si è risolta in un esito pregiudizievole per la possibilità di immediato rinnovo dell'organo elettivo.

Certo, altro è il *fare*, da cui pure si ricavano orientamenti, indirizzi e quindi regolarità; altro è, nel *fare*, *dichiarare* la regola del proprio *fare*, facendo così assumere all'operare, nella forma dell'*operar dicendo*, una portata sicuramente ben più impegnativa ed una valenza quasi magisteriale.

Così come, del resto, è sicuramente vero che altra è la questione relativa alla definizione di un limite alla operatività del *referendum* abrogativo, altra è la posta in gioco quando si statuisce un (auto-)vincolo alla esperibilità del sindacato di costituzionalità sulle leggi, producendo una *reductio* dell'ambito di operatività del principio di legittimità costituzionale, tanto più grave in quanto relativa alla legge che potremmo definire come il principale veicolo e distributore del principio democratico nell'ordinamento.

Non solo, va forse pure osservato che l'esigenza basilare cui si riannoda la dottrina della auto-applicatività, vale a dire la salvaguardia della continuità e stabilità dell'ordinamento giuridico ha trovato, almeno nell'operazione messa in campo con la sentenza n. 1 del 2014, una declinazione decisamente troppo ampia da parte del nostro giudice costituzionale³².

Quella a cui si assiste nella sentenza n. 1 del 2014 è, infatti, una valutazione di impatto ordinamentale della decisione, a tutela della predetta esigenza basilare, che in definitiva si risolve in una quasi completa vanificazione degli effetti della pronunzia. La Corte, non soltanto nega

31 F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi nel rinnovo dell'organo democratico? prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2017, 6 ss.

32 Si riprendono rapidamente, qui di seguito, alcune considerazioni che si è già avuto modo di svolgere, con maggiore ampiezza, in P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2013, 9 ss.; nonché in *Id.*, *Intervento*, in AA.Vv., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016, 599 ss.

qualsivoglia effetto sulla pregressa legislazione adottata dai Parlamenti già eletti sulla scorta della legge n. 270, ivi compreso quello in carica al momento della decisione –cosa, in sé, in vario modo argomentabile e sostenibile– ma esclude al contempo la possibilità di spiegare verun effetto anche sulla legislazione futura che il Parlamento in carica adotterà a valle della decisione di incostituzionalità, sino alla scadenza della legislatura.

Insomma, quella della legge elettorale invalida è –per la Corte– patologia che, pur causando la (grave) malformazione del soggetto che essa genera –le Camere– non è geneticamente trasmissibile a quanto da esse generato –le leggi approvate dal Parlamento mal formato³³, neppure impedendo la perdurante applicazione futura della disciplina incostituzionale³⁴. Si tratta, in sostanza, di una limitazione temporale degli effetti, sia *pro praeterito* che *pro futuro*.

Il tutto in nome e per conto della *continuità* dell'ordinamento giuridico che può *continuarsi* senza che in alcun modo ci si curi della corrispondente proiezione nel futuro dello stesso fatto dell'accertata e dichiarata incostituzionalità.

33 Come, del resto, immediatamente confermato dalla Corte nella successiva ord. n. 57 del 2014, ove, dinanzi alla prospettazione del giudice *a quo* circa l'illegittimità di alcune disposizioni legislative in quanto contenute in leggi «approvate da un Parlamento di cui risulta dubbia la legalità ovvero la legittimità costituzionale della sua investitura», si ribadisce seccamente che ha chiarito che la decisione di annullamento delle norme censurate, «avendo modificato in parte qua la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere»; e che «essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto», e neppure gli «atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali».

34 Tanto da non inibire, in chiaro contrasto con il dettato dell'art. 136 della Costituzione, persino la perdurante diretta applicabilità della legge elettorale *in parte qua* annullata, sia, ad esempio, in sede di convalida delle elezioni dei singoli parlamentari (si tenga conto che la decisione della Corte interviene a legislatura iniziata da meno di un anno), sia in occasione della sostituzione di parlamentari cessati, in questo superando di gran lunga anche la successiva (e per questo criticatissima in dottrina, anche dall'A. che qui si celebra e nello scritto che qui si analizza [ivi, § 5]) sentenza n. 10 del 2015 con la sua declaratoria di incostituzionalità ad effetto soltanto *pro futuro*.

Certo, non si può non tener conto che, sia a presidio dell'esigenza più generale di assicurare la stabilità e continuità dell'ordinamento che della sua declinazione specifica circa la costante operatività del sistema elettorale, militano delle buone ragioni che chiunque non voglia «far gettito di ogni senso di realismo»³⁵ non può trascurare: da un verso, impedire il prodursi di un *effetto domino* in grado di riflettersi –indubbiandola– sulla validità di ogni legge formale ordinaria approvata vigente quella medesima legge elettorale, che avrebbe, com'è evidente, una portata devastante sul sistema normativo ed, al contempo, escludere una drastica, quanto egualmente poco accettabile, soluzione di continuità nella produzione legislativa; dall'altro, preservare comunque la possibilità di rinnovo del Parlamento e con essa la potestà di scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica.

Quel che si vuole piuttosto sottolineare è, come si tenterà di mostrare, che il punto di equilibrio fra esigenza di preservazione dell'ordinamento e portata della decisione di incostituzionalità avrebbe potuto essere diverso.

1113

Ed in questo senso, proprio nel crocevia delle *due continuità* o, meglio, nella visione combinata del micro e macro-cosmo del principio di stabilità e continuità –della legislazione elettorale e dell'ordinamento giuridico nel suo complesso– che in esse si inverte, che, a mio giudizio, può trovarsi qualche utile spunto di rivalutazione della dottrina dell'auto-applicatività.

7. Per prima cosa, credo che si debba aver presente, ai fini della presente riflessione, la peculiarità dell'organo elettivo di cui si sta parlando e, in conseguenza, del caso della incostituzionalità della legge elettorale nell'ambito della più generale problematica giuspubblicistica della illegittima preposizione allo (o costituzione dello) ufficio. E la peculiarità sta tutta nella singolare situazione per cui è proprio all'organo illegittimamente costituito –il Parlamento– che è assegnato il compito di assicurare in via generale e prioritaria la provvista di norme necessarie alla continuità

35 Per usare le parole di A. M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, 465.

dell'ordinamento, ivi compresa la disciplina sostitutiva di quella riconosciuta invalida. Così che, oltre al fatto per cui è il soggetto illegittimo l'unico a poter ripristinare la violata legittimità di cui è vittima, principio di continuità operativa dell'organo e principio di continuità dell'ordinamento, pur dovendosi mantenere distinti, appaiono funzionalmente legati. Nel senso che, salvaguardare la legge elettorale da vuoti pregiudizievoli della propria efficienza, ancorché provocati dall'accertamento della sua incostituzionalità, significa evidentemente garantire la perduranza funzionale del Parlamento legata alla certezza della possibilità di ricostituirsi in ogni momento e, tramite essa, anche la continuità dell'ordinamento giuridico che di quella perduranza ha assoluto bisogno.

Ma quel che più interessa è che proprio la continuità funzionale garantita dalla teorica dell'auto-applicatività può fungere da argine a quella sorta di processo di enfattizzazione delle esigenze di stabilità e continuità dell'ordinamento giuridico, cui s'è assistito in occasione della sentenza n. 1 del 2014, e che ha portato, come s'è visto, alla sostanziale sterilizzazione degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005.

1114

Una volta messa in sicurezza dagli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale tutta la legislazione adottata dal(i) Parlamento(i) eletto(i) in forza di quest'ultima, attraverso una generosa, quanto, a mio parere, sostenibile applicazione della teorica dei rapporti esauriti³⁶, proprio la perduranza operativa della legge elettorale

36 Cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 2014, punto 7 del *cons. in dir.*, in cui la Corte afferma che la declaratoria di illegittimità costituzionale «non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto». Ciò in quanto, ricorda il giudice delle leggi, «il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio «che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984)». Pertanto, prosegue la Corte, in tale categoria devono essere ricondotte anche le «elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime [che] costituiscono, in definitiva, e con

colpita dalla sanzione dell'incostituzionalità dovrebbe invece scongiurare che si arrivi ad escludere una devitalizzazione anche degli effetti *pro futuro* della pronunzia di accoglimento. Perché infatti –mi chiedo– consentire alle camere l'esercizio della potestà legislativa come se nulla fosse sino alla conclusione della legislatura? Ed ancora: perché consentire la perdurante applicazione della normativa dichiarata incostituzionale anche a valle della declaratoria di incostituzionalità, in sede di convalida delle elezioni o di rinnovo parziale della composizione delle camere?

Non si può, invero, guardare alla legge elettorale in funzione dell'esclusiva ordinazione al principio democratico-rappresentativo dell'organo parlamentare (e/o in quanto bilanciato con l'esigenza della stabilità governativa) –la cui salvaguardia impone che la regolazione del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi assicuri corrispondenza fra espressione del voto popolare e composizione delle Camere– trascurando il significato (non meno decisivo) del passaggio elettorale come fatto di legittimazione –per dirla con Giannini³⁷– o come fattore costitutivo del presupposto in senso soggettivo della legge –come altri preferisce³⁸– il cui difetto, discendente dalla riconosciuta illegittimità della legge

ogni evidenza, un fatto concluso». Sulla possibilità di evocare anche il teorica amministrativistica del funzionario di fatto applicato alle Camere, onde preservare, in ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge elettorale, gli atti emessi dal «rischio di annullamento, a meno che tali atti non siano (stati) tempestivamente impugnati, in quanto emessi da organo privo di un legittimo fondamento elettorale», v. F. SORRENTINO, *Intervento*, in AA.vv., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005*, in *Giur. Cost.*, 2014, 708. Dubitativamente anche A. CERRI, *Intervento*, *ivi*, 664. Un richiamo alla teorica in questione ma ridotta *in essentia* come volta alla salvaguardia «del *minimum* di stabilità e continuità dell'ordinamento giuridico necessario a ragionevolmente garantirne la conservazione e preservazione» mi è capitato di fare in P. CARNEVALE, *Condizione soggettiva del legislatore e validità delle leggi*, Roma, 1999, 126-127.

37 M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III. 1, Milano, 1967, 121 ss., che così definisce i c.d. presupposti soggettivi dell'atto, da distinguersi dai presupposti oggettivi che, in quanto insensibili a ragioni di provenienza soggettiva, si obiettivizzano nel disporre: a) le condizioni esterne che rendono l'atto necessitato (straordinarietà, urgenza, ecc.); b) i termini temporali per l'adozione dell'atto (*a quo*, *ad quem*, ecc.); c) gli elementi di qualificazione degli oggetti o della materia su cui l'atto verte.

38 La formula discende dalla definizione, dei presupposti in senso soggettivo dell'atto amministrativo operata, a suo tempo da A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, come complesso di «quegli elementi, ai quali l'ordinamento collega

elettorale, non inficia soltanto la valida costituzione dell'organo, ma si riverbera in una qualche misura anche sul valido esercizio della funzione ad esso attribuita³⁹. Ciò in quanto, la legge elettorale è *lex legis causa*.

In questa seconda e più comprensiva concezione, il venir meno della legge elettorale per via del suo annullamento –ove ad ampio impatto, ancorché parziale– non può non comportare una delegittimazione delle Camere che non è solo politica⁴⁰, ma è *politica e giuridica* assieme, con conseguente restrizione dell'esercizio della potestà legislativa nei limiti tradizionalmente riconosciuti di sola *stra*-ordinaria amministrazione che si ritiene si affermino in un'altra situazione di delegittimazione politico-giuridica delle Camere qual è quella in cui esse versano in regime di *prorogatio*⁴¹. Limiti che, secondo un diffuso orientamento, consentono l'esercizio della potestà legislativa in ricorrenza di presupposti che ne

un'influenza sulla capacità, sulla legittimazione –quindi sulla competenza– dell'agente», il cui ricorrere, al pari degli altri presupposti, fa sì che l'atto presupponente «si ponga effettivamente come l'atto al quale l'ordinamento vuole collegare certe specifiche conseguenze» ed il cui venir meno pregiudica tale qualificazione (*ivi*, 45 ss.).

Ma per una rideclinazione della problematica con riguardo agli atti legislativi v., con riferimento alla dottrina di epoca repubblicana, il pionieristico studio di A. CERRI, *Sindacabilità dei presupposti della legge e degli atti con forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965; nonché pure F. MODUGNO, *L'invalidità della legge, II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 135 ss.

39 In termini analoghi P. A. CAPOTOSTI, *Intervento*, in AA.vv., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, cit., 654.

40 Che sia tale lo ritiene lo stesso R. ROMBOLI, *Intervento*, in AA.vv., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, cit., 696, avvertendo tuttavia la difficoltà ad «accettare [...] che questo parlamento possa tranquillamente terminare la legislatura e addirittura ritenga di poter procedere a riforme costituzionali».

41 P. A. CAPOTOSTI, *Intervento*, in AA.vv., *Dibattito sulla*, cit., 655 e ID., *Il coraggio della Corte*, in *Nomos.it*, 3/2013, 2; L. CARLASSARE, *Intervento*, *ivi*, 657-658; A. PACE, *I limiti di un Parlamento delegittimato*, in *Osservatoriocostituzionale*, marzo 2014.

Peraltro, proprio la previsione costituzionale in tema di *prorogatio* delle Camere ex art. 61 cpv. Cost. è richiamata dalla Corte costituzionale (insieme a quella di cui all'art. 77, comma 2, Cost., secondo cui le Camere, «anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» per la conversione in legge di decreti-legge adottati dal Governo) come espressione di quel principio di continuità funzionale dell'organo parlamentare che la Corte stessa utilizza per giustificare l'irrilevanza della declaratoria di incostituzionalità sulla legislazione ventura (cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 2014, punto 7 del *cons. in dir.*).

rendano necessario lo svolgimento⁴², sollecitato da «casi e circostanze veramente straordinarie ed urgenti»⁴³, o dalla necessità di adozione di «atti dovuti»⁴⁴ o di «provvedimenti indispensabili»⁴⁵ e più in generale contrassegnati da indifferibilità.

Tali limitazioni dovrebbero poi fare da preludio allo scioglimento delle Camere rispetto al quale la declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale pronunciata dalla Corte assumerebbe la valenza di presupposto, seppur remoto⁴⁶.

Ad ogni modo, e per quanto qui più direttamente rileva, proprio la presenza di una residua normativa elettorale operativa a valle della decisione di incostituzionalità sarebbe, com'è evidente, la condizione basilare della costruzione qui prefigurata. Garantirebbe, infatti, che lo scioglimento innescato dalla sentenza della Corte non avvenga al buio, nel *vacuum*, attenuando, senza tuttavia del tutto pregiudicarle, le esigenze della continuità della provvista normativa. Si assicurerebbe, in tal modo, un migliore bilanciamento fra principio di continuità ordinamentale e principio di legittimità costituzionale.

1117

Non solo, quella medesima perduranza operativa del meccanismo elettorale garantita dal dispositivo manipolativo della sentenza di

42 In tema v. L. ELIA, *Amministrazione ordinaria degli organi costituzionali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 229 ss.; A.A. ROMANO, *La prorogatio negli organi costituzionali (con premesse generali)*, Milano, 1967; e più di recente A. PISANESCHI, *Prorogatio delle Camere ed equilibrio fra poteri*, Torino, 1993, 62, F. S. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997, 106 ss., nonché pure, se si vuole, P. CARNEVALE, *La prorogatio delle Camere quale limite all'esercizio della funzione legislativa*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2005, 485 ss.

43 ELIA L., *Amministrazione ordinaria*, cit., 229.

44 VIRGA P., *Diritto costituzionale*, Milano, 1979, 130.

45 PERGOLES F., *Diritto costituzionale*, cit. [ma 1962], 511.

46 Anzi, si potrebbe dire che quella medesima ragione –la cesura del rapporto di rappresentanza– sia *a fortiori* invocabile nell'ipotesi di accertamento della illegittimità costituzionale della legge elettorale, tanto più se fondata –come afferma la stessa Corte– sulla violazione del principio di libertà di voto ex art. 48 Cost. motivata dall'esistenza di «condizioni stabilite dalle norme censurate [...] tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti» (Corte cost., *ivi*, punto 5.1 del *cons. in dir.*).

accoglimento neppure osterebbe alla possibilità di un diverso (e più fisiologico) percorso.

Onde evitare la conseguenza di elezioni svolte sulla base di una legge di conio pretorio, si potrebbe ritenere che la delegittimazione prodotta dalla declaratoria di illegittimità costituzionale e la conseguente flessione funzionale delle Camere non impediscano a queste ultime l'approvazione di una nuova legge elettorale, annoverando quest'ultima fra i provvedimenti necessari, urgenti e non procrastinabili adottabili dalle Camere in carenza di legittimazione.

Vero è che, in questo modo, la via d'uscita proposta sembrerebbe avvolgersi in una sorta di petizione di principio, posto che anche la nuova legge elettorale finirebbe vittima del medesimo vizio predicato per tutta la produzione legislativa a valle della declaratoria di incostituzionalità.

1118

Si tratterebbe, tuttavia, di una obiezione che, animata da indiscusso *esprit de geometrie*, non terrebbe in conto, da un verso, la specificità della situazione in cui l'organo soggettivamente viziato e quello in grado di sopperire al vizio accertato si identificano; dall'altro, il fatto che, come già nell'ipotesi di delegittimazione soggettiva dovuta allo scioglimento, l'attività legislativa delle Camere trova nella necessità, urgenza ed improcrastinabilità del provvedere la fonte di una temporanea e provvisoria legittimazione altrimenti perduta.

Si potrebbe –è vero– replicare che proprio la presenza di una legge elettorale comunque applicabile provverebbe della non necessità ed urgenza del nuovo intervento legislativo. Se la legge c'è, la necessità, al pari dell'urgenza, che ve ne sia un'altra a sostituirla sembrerebbe mancare.

Sennonché, a venire in causa in questo caso sarebbe –per dir così– una necessità ed un'urgenza *soggettivamente orientate*, ma non nel senso di talune condiscendenti letture dell'art. 77 Cost. che intendevano ancorare simili nozioni alle esigenze dell'indirizzo politico contingente, ma in quanto giustificate dal bisogno di ripristinare il fisiologico dominio parlamentare sulla materia elettorale; dominio momentaneamente vulnerato dalla pronunzia di annullamento parziale della Corte. Si tratterebbe,

cioè, di riportare la più politica delle leggi⁴⁷ sotto l'integrale impero suo proprio: quello della politica e della legge parlamentare.

Non solo.

Quel che forse, a questo proposito, è ancora più importante sottolineare è che fra l'auto-applicatività *ope sententiae* della legge elettorale e la efficienza del sistema elettivo in termini di garanzia della duplice esigenza di rappresentanza e governabilità può sussistere uno scarto, anche significativo. Ed è proprio quanto accaduto da noi a valle della doppia pronunzia di incostituzionalità del 2014 e 2017, la quale ha lasciato sul campo due meccanismi elettorali, per la Camera e per il Senato, potenzialmente operativi, ma un sistema elettorale nel complesso assolutamente disfunzionale. Il quadro era infatti di un sistema che, al Senato, aveva sembianza sostanzialmente proporzionale, con alte soglie di sbarramento, assenza di qualsivoglia meccanismo finalizzato ad assicurare uguaglianza di genere nella rappresentanza, possibilità di formare coalizioni, nonché di esprimere preferenza di lista e, alla Camera, una natura mista, ad impianto proporzionale con premio di maggioranza al primo turno, bassa soglia di sbarramento, presenza di congegni di salvaguardia dell'uguaglianza di genere, impossibilità di formare coalizioni e liste bloccate per i soli capilista.

1119

È evidente come, in una simile situazione, per usare le parole della stessa Corte, l'esigenza «di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare [... ed a tale proposito che] i sistemi adottati, pur se differenti [per Camera e Senato. *N.d.r.*], non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee» risultasse decisamente frustrata. E ciò, nonostante entrambi i pronunciamenti della Corte costituzionale fossero stati adottati nel rispetto del requisito dell'auto-applicatività.

Si potrebbe ritenere che ciò possa discendere dai limiti strutturali del giudizio di legittimità costituzionale che è chiamato decidere "nei limiti dell'impugnativa" e, quindi, a risolvere questioni di costituzionalità

⁴⁷ Così G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Forumcostituzionale. Rassegna*, 1/2014, 3.

per come sollevate dai giudici *a quibus*?⁴⁸ O che venga a dipendere da circostanze particolari?⁴⁹

Sì, ci può essere anche questo. Ma c'è, a mio parere, soprattutto dell'altro.

Mi riferisco soprattutto al fatto che non si possono confondere vincolo dell'auto-applicatività della normativa elettorale parzialmente colpita da una declaratoria di incostituzionalità e funzionalità del sistema elettorale. Garantire in buona misura, come fa il primo, l'operatività del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi non significa infatti assicurare il buon rendimento del sistema, sotto il profilo del bilanciato equilibrio delle istanze della rappresentatività e della governabilità. Le due cose, non soltanto sono diverse, ma possono persino divergere.

Ed allora, ben si potrebbe affermare che, in tale ipotesi, ad una *soggettiva* si accompagni anche una *necessità obiettiva* al fine di sorreggere la legittimità dell'intervento legislativo in sostituzione della disciplina elettorale uscita dal calamaio del giudice costituzionale.

Quanto poi al rilievo secondo cui la decisione del giudice costituzionale verrebbe ad assumere un *surplus* di significato politico-istituzionale

48 Viene qui da rammentare le diverse questioni in termini di eccesso di divaricazione –tale da determinare «una situazione di palese ingovernabilità, per la coesistenza di due diverse maggioranze»– fra sistema elettorale per il Senato, per come uscito dalla penna della Corte costituzionale a seguito della sentenza n. 1 del 2014, e per la Camera, giusta la nuova disciplina di cui alla legge n. 52 del 2015, sollevate dai giudici *a quibus* in occasione della sentenza n. 35 del 2017 e, tuttavia, dichiarate inammissibili per difetti di formulazione –«per insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza e oggettiva oscurità del *petitum*» od indeterminatezza della prospettazione della *quaestio* (cfr. Corte cost., sent. n. 35, cit., punti 14 e 15 del *cons. in dir.*).

49 Penso alla singolare situazione del mancato intervento sul sistema elettorale per il Senato in occasione della riforma della legge elettorale della Camera dei deputati operata dalla legge n. 52 del 2015, dovuto alla coeva riforma costituzionale dell'intera seconda parte della Costituzione approvata dalle camere nell'aprile del 2016, la quale prevedeva una sola camera elettiva –per l'appunto la Camera dei deputati– a suffragio universale diretto, e poi bocciata nel *referendum* costituzionale del dicembre 2016, a poco più di due mesi dalla sentenza n. 35 del 2017. Il che ha avuto come conseguenza che ad essere aggredita dai giudici e sottoposta allo scrutinio della Corte sia stata solo la legge elettorale per la Camera.

–finendo per dar vita ad un’operazione di etero-compilazione dell’agenda politica parlamentare mediante l’iscrizione “necessitata” dei soli compiti il cui adempimento renderebbe giuridicamente giustificato il riconoscimento di una perdurante residua competenza a legiferare– viene da osservare che si tratterebbe niente altro che della naturale conseguenza dell’altissimo valore politico-costituzionale che ha *in sé* la decisione di dichiarare l’incostituzionalità della legge elettorale per il Parlamento nazionale. Ed anche la qualificazione in termini di presupposto “remoto” dello scioglimento delle Camere sarebbe, in fondo, in linea con l’opinione per cui la modificazione della disciplina elettorale sarebbe da annoverare fra le ragioni giustificative dell’esercizio del potere *ex art. 88 Cost.*⁵⁰

8. Vengo a questo punto all’obiezione circa il possibile effetto distorsivo del ruolo del giudice costituzionale nel nostro sistema che dalla giurisprudenza in tema di limitata sindacabilità della legge elettorale può discendere, spingendo la Corte a vestire i panni di colei che, accertando l’incostituzionalità, provveda, al contempo, ad indicare le diverse soluzioni «alternative a quella incostituzionale»⁵¹.

1121

Non v’è dubbio che, con particolare riferimento alle due pronunzie del 2014 e 2017, quella obiezione abbia motivi da esibire. Sia, ad esempio, il diffondersi, nella prima pronunzia, sulle diverse declinazioni possibili dell’opzione in favore di liste bloccate, sia ancor di più l’individuazione, fra quelle immediatamente a disposizione in funzione sostitutiva, della soluzione della reintroduzione del sistema della preferenza unica, appaiono scelte indicative di un atteggiamento affetto da eccesso di prospettazione. Analogo eccesso potrebbe riscontrarsi, nella decisione più recente, per la identificazione dello strumento del sorteggio come modalità alternativa alla libera volontà del candidato-capolista eletto in più collegi di scegliere il collegio di effettiva elezione.

50 Così, ad esempio, G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 199 e A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, II, 1997, 244. Per una rassegna sul dibattito sul punto, v. di recente S. LEONE, *Contributo allo studio sullo scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Milano, 2016, 133 ss.

51 R. ROMBOLI, *op. cit.*, 16.

Certo, a tutto questo la Corte è spinta dalla necessità di dimostrare la mancanza del *vacuum* operativo nella legge elettorale sanzionata da parziale illegittimità. Ed è pure vero, pur non essendo un portato logico della teorica qui in esame, simili prefigurazioni “creative” sono comunque figlie della stessa dottrina, nel senso che appaiono il frutto di un’esigenza di flessibilizzazione del vincolo della auto-applicatività che, ove non riconosciuta e praticata, rischierebbe di trasformare il limite al sindacato della Corte in suo impedimento.

Ad ogni buon conto, quello che mi viene qui da pensare è che un’analoga osservazione critica dovrebbe muoversi a quella dottrina delle “rime obbligate”⁵² che, com’è noto, ha teoricamente supportato quella strategia dell’intervento in aggiunta della declaratoria di incostituzionalità, segnando un decisivo approdo nell’acclimatamento della Corte costituzionale nel nostro sistema.

1122

Pur se in astratto asseribile, l’esistenza dell’unica soluzione costituzionalmente obbligata utilizzata per integrare la disciplina dichiarata costituzionalmente carente nella prassi si è dimostrata essere tutt’altro che tale. Al più, s’è trattato di soluzione più ragionevole; altre volte semplicemente come quella a portata di mano stante l’assetto attuale del sistema normativo. Al pari del caso che qui ci occupa, un certo qual pragmatico cedimento alla discrezionalità nella scelta della soluzione surrogatoria individuata dal giudice costituzionale è stata in una qualche misura il necessario prezzo da pagare per assicurare allo stesso un più significativo spazio di intervento.

E come per le additive quel cedimento –oggi peraltro largamente superato da una rielaborazione in senso più lasco della dottrina delle “rime obbligate”⁵³– è stato sostanzialmente accettato e metaboliz-

52 La cui paternità si deve notoriamente al magistero di Vezio Crisafulli (cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84).

53 Cfr., in particolare, Corte cost., sentt. nn. 222/2019, 40 e 99/2019, 113 del 2020, nella quali la Corte –perlomeno nei casi in cui vi sia stato un precedente monito, da essa rivolto al legislatore, a intervenire per porre rimedio ad una situazione di incostituzionalità, rimasto tuttavia inascoltato– afferma ormai espressamente di poter superare il limite

zato, identico atteggiamento potrebbe richiedersi anche per la teorica dell'auto-applicatività.

Ma, di là da questo, è una considerazione di carattere più generale che va fatta.

Invero, c'è nelle pronunce del nostro giudice costituzionale in materia elettorale e nell'annullamento prodotto dai correlativi dispositivi di accoglimento una *carica prospettica* ed una *capacità condizionante* la successiva attività del legislatore che prescinde dalla questione dell'auto-applicatività. O meglio, potrebbe dirsi che, mentre il limite della auto-applicatività costringe la Corte ad immaginare (anche forzose) soluzioni *per l'oggi*, la mera caducazione parziale della normativa elettorale conseguente alla declaratoria di incostituzionalità, per come motivata dal giudice costituzionale, finisce anch'essa per prefigurare soluzioni ma *per il futuro*. E non si tratta semplicemente del fisiologico condizionamento sprigionato dalle sentenze di accoglimento che, enunciando le ragioni di non conformità a Costituzione di una certa legge, tracciano, quantomeno in negativo, il perimetro delle scelte future del legislatore che intenda sostituirla, escludendo quelle che finirebbero per farlo incorrere nel medesimo "errore" già sanzionato dalla declaratoria di incostituzionalità.

1123

Non è solo questo.

Penso, ad esempio, alla sentenza n. 1 del 2014 laddove si afferma l'irragionevolezza della previsione di un premio di maggioranza senza soglia minima di voti per eccessiva compressione del principio democratico-rappresentativo a vantaggio dell'esigenza della stabilità di governo, aggiungendo il rilievo che i sistemi proporzionali si caratterizzano

delle "rime obbligate" al fine di rintracciare nel "sistema" la soluzione più "adequata" a riempire la lacuna che sarebbe seguita a una pronuncia di annullamento secco, ritenuta a quel punto non ulteriormente differibile. Sul superamento delle crisafulliane rime obbligate nell'evoluzione più recente delle tecniche decisorie della Corte, v., ad esempio: M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e soc.*, 1/2020, 53 ss.; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 3/2019; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.

per il fatto di generare nell'elettore una «legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini del l'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare»⁵⁴. Ma viene in mente anche la censura, lì operata, del meccanismo delle c.d. liste bloccate previsto nella legge n. 270, motivata in forza della considerazione per cui è «la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione»⁵⁵. Così da rendere il meccanismo di selezione dei candidati non comparabile «né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)»⁵⁶.

1124

Certo, si tratta di indicazioni di massima che, pur quando espressive di un orientamento evolutivo della giurisprudenza costituzionale, delineano criteri di ordine generale e potranno, del resto, oltre che in vario modo declinate, essere disattese da un legislatore futuro che volesse significativamente mutare i tratti caratterizzanti del sistema elettorale. Tuttavia, è abbastanza evidente che esse diano corpo a pronunciamenti a forte carica direttiva⁵⁷. E soprattutto –per quel che qui più conta– in

54 Corte cost., sent. n. 1 del 2014, punto 3.1 del *cons. in dir.*

55 Corte cost., *ivi*, punto 5.1 del *cons. in dir.*

56 *Ibidem.*

57 Viene qui da pensare a quanto accaduto a valle del *referendum* abrogativo della legge elettorale per il Senato del 1993 e alla notevolissima carica direttiva esplicata sul legislatore dal pronunciamento popolare. In quel caso, addirittura, si può dire che l'adozione della nuova disciplina per l'elezione della Camera e del Senato avvenne “sotto dettatura” dell'esito referendario: la nuova legge elettorale per il Senato (legge n. 276 del 1993), infatti, ricalcava in modo fedele e puntuale proprio la normativa di risulta del *referendum*, con ripartizione dei seggi da assegnare per circa tre quarti tramite sistema maggioritario nell'ambito di collegi uninominali e per un quarto tramite sistema proporzionale (sia pure mediante il peculiare meccanismo detto dello “scorporo”); la stessa disciplina, inoltre,

questo modo le ha intese il legislatore che, chiamato a rimetter mano alla legge elettorale dopo la pronunzia del 2014, ha voluto tener conto degli stimoli della Corte.

Prova ne sia la scelta di prevedere nella legge n. 52 del 2015 la costituzione di 100 collegi elettorali e quindi l'opzione in favore di ambiti territoriali di media dimensione con un numero abbastanza ridotto di seggi da assegnare, cui si aggiunge la previsione di liste corte con capilista bloccati e voto di preferenza. Ciò che appare una sorta di sincretistico collage dei diversi referenti argomentativi utilizzati nella sentenza: la parzialità del blocco della lista, la ridotta estensione territoriale delle circoscrizioni elettorali e il limitato numero dei candidati da eleggere.

Pure la introduzione della soglia del 40 % dei voti validi, al fine di attribuire il premio di maggioranza alla singola lista –esito di un processo di crescita incrementale rispetto alle proposte precedenti– può essere letta come fondata su quel ragionevole equilibrio fra le esigenze della governabilità e della rappresentanza che nei sistemi proporzionali è imposta –come per l'appunto ricordato dalla Corte– dal rispetto della «legittima aspettativa [dell'elettore] che non si determini [...] una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita” [...] che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare»⁵⁸.

1125

Ben diverso, sotto il profilo qui in esame, il seguito della sentenza n. 35 del 2017 che ha finito per esplicitare una ben più attenuata portata direttiva, in ragione però del fatto che la nuova legge elettorale adottata dopo di essa ha portato ad un mutamento di prospettiva del legislatore. Questi, infatti, pur rimanendo fedele alla scelta per la natura mista del sistema prescelto, ha abbandonato l'idea, precedente seguita, dell'ibridazione attraverso innesti –sistema elettorale ad impianto proporzionale con inserti di stampo maggioritario– in favore dell'opzione

venne in linea di massima riprodotta anche per l'elezione della Camera dei deputati, nella parallela legge n. 277 del 1993.

58 Corte cost., *ivi*, punto 3.1 del *cons. in dir.*

della coesistenza-concorrenza di formule maggioritarie e proporzionali per l'assegnazione dei seggi, tornando così alla scelta di impianto originaria del 1993⁵⁹.

Peraltro, vale qui la pena di osservare come nella nuova legge, per l'attribuzione del seggio ai candidati pluri-eletti, il legislatore abbia optato per l'abbandono, oltre che del censurato criterio della libera scelta del medesimo candidato, anche del meccanismo del sorteggio, indicato, come visto, dalla sentenza n. 35 come strumento surrogatorio ai fini della garanzia di auto-applicatività. Questo, forse, anche a testimonianza della poca persuasività di quella indicazione.

Orbene, quel che si vuole dire è che quel rischio di un mutar di ruolo del giudice costituzionale, che carica le proprie sentenze di una indebita valenza ricostruttiva in positivo del tessuto legislativo elettorale lacerato dagli strappi delle proprie declaratorie di incostituzionalità, non debba addebitarsi in sé alla dottrina dell'auto-applicatività, quanto semmai al carattere parziale delle dichiarazioni di incostituzionalità pronunciate dalla Corte. Certo, non si ignora qui che a quella parzialità la Corte è *quodammodo* condotta dal rispetto di quella dottrina, nondimeno è abbastanza evidente che è la parzialità *in se stessa* a produrre l'effetto indicativo e prospettico di cui si dice.

Anzi, più esattamente, la vicenda italiana (e non solo italiana) mostra come la sentenza di accoglimento del giudice costituzionale, assieme al fornire la soluzione al problema di conformità a Costituzione della legge elettorale prospettato dal giudice remittente, finisca per innescare una dinamica dialogica in cui all'*input* censorio della Corte costituzionale venga a seguire una risposta del legislatore la cui coerenza con l'impulso della prima possa essere successivamente scrutinata da quest'ultima.

59 Più nel dettaglio, infatti, la legge n. 165 del 2017 prevede che i seggi alla Camera e al Senato –al netto di quelli attribuiti alla Circoscrizione Estero– vengono assegnati per poco più di 1/3 –segnatamente 232 alla Camera e 116 al Senato– con formula maggioritaria nell'ambito di collegi uninominali e per poco meno di 2/3 –esattamente 386 alla Camera e 193 al Senato– con voto proporzionale di lista nell'ambito di collegi plurinominali.

Questo anche grazie all'allargamento delle maglie di accesso al giudizio di costituzionalità operato dalla sentenza n. 1 del 2014, che ha trasformato la legge elettorale da *atto inespugnabile* per il sindacato di legittimità costituzionale ad *atto facilmente abbordabile*.

Insomma, e per chiudere sul punto, come mi è già capitato di osservare, la legge elettorale si è così trasformata «da zona franca sottratta al sindacato giurisdizionale a frutto di costante e reiterato dialogo fra *iurisdictio* e *legis-latio*, così da trasformare quella elettorale, nel suo nucleo duro, in materia di competenza “ripartita” o “concorrente”, non già però fra Stato e Regione, bensì fra Parlamento e giudici»⁶⁰.

9. Vengo, a questo punto, all'obiezione più di fondo mossa dal Prof. Romboli circa la impossibilità del sindacato di legittimità in tutte le ipotesi in cui, pur con sforzo creativo o una certa flessibilità, una soluzione alternativa per conservare funzionalità operativa alla legge elettorale amputata delle parti affette da incostituzionalità non vi sia. Ed in questo caso, pur in presenza di un persino palese contrasto con la Costituzione, la legge elettorale non sarebbe sindacabile e la eventuale questione di costituzionalità sollevata dovrebbe incappare nelle maglie dell'inammissibilità.

1127

In tal modo, come già detto, la storica zona franca, appena eliminata, finisce per risorgere, ancorché ridimensionata, dalle proprie ceneri.

L'ipotesi invero non è del tutto remota né tantomeno solo scolastica. Tutt'altro. D'altronde, proprio l'esperienza dei *referendum* elettorali ha attestato come il requisito dell'auto-applicatività della normativa di risulta si sia via via trasformato nel tempo in una sorta di ostacolo insormontabile o di *condicio diabolica* per le richieste referendarie in materia elettorale.

A questo proposito, bisogna chiedersi se effettivamente quello raggiunto con la dottrina dell'auto-applicatività sia l'unico bilanciamento proponibile fra l'esigenza del rispetto del principio di legittimità

60 Cfr. P. CARNEVALE, *Intervento*, in AA.Vv., *Giudici e legislatori*, cit., 609.

costituzionale e la necessità di garantire la funzionalità dell'organo parlamentare, preservando la possibilità del suo costante rinnovo. E conseguentemente occorre domandarsi se, a fronte dell'assenza delle condizioni per assicurare la perdurante operatività della legge elettorale impugnata, alla Corte, ove essa non riabiliti *ex post* soluzioni dottrinarie precedentemente scartate⁶¹, non resti che la pronunzia di inammissibilità delle questioni sollevate.

Mi chiedo, a questo proposito, se proprio quello elettorale non possa essere il terreno per coltivare recenti tecniche decisorie bifasiche sperimentate nella prassi giurisprudenziale più recente. Mi riferisco, in particolare, alla sequenza “ordinanza di rinvio della trattazione della causa-sentenza di accoglimento” inaugurata dalla Corte costituzionale in

61 Come, ad esempio, quella che ha proposto di distinguere all'interno della classe delle leggi costituzionalmente necessarie —data dal complesso di atti legislativi alla cui entrata in vigore «è subordinata la stessa operatività degli organi o degli istituti costituzionali»— nel cui ambito va sicuramente collocato anche il tipo “legge elettorale”, la *species* delle leggi di “prima” attuazione della Costituzione da quella delle leggi di attuazione successiva, onde poter far leva su un'asserita diversità di regime che, sostanzinandosi nella impossibilità di far venir meno le prime ad opera di leggi di attuazione successiva, in quanto strumenti necessari ed imprescindibili «per l'inveramento della normatività della Costituzione», attraverso cui l'attuazione della Carta si «realizza *uno actu*», dando vita ad un «evento [...] unico ed irripetibile», fa sì che esse siano soltanto derogabili e vivano pertanto una condizione di permanente quiescenza, così che l'abrogazione totale —*ex lege* o *ex referendum*— di una legge di “nuova” attuazione comporterà, assieme all'effetto caducatorio di questa, un esito di ripristino della legge di “prima attuazione” (cfr. D. NOCILLA, *Divagazioni sparse su abrogazione, referendum abrogativo e leggi elettorali*, in AA.vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2391 ss.). La tesi, peraltro, richiamava, mutandone tuttavia il verso un'altra prospettazione, dottrinale, volta a disegnare una sorta di regime di continuità necessaria della legislazione elettorale, agendo sul combinato disposto degli artt. 60 e 61 Cost. di modo da far discendere da essi l'asserzione del principio di continuità della normativa elettorale per le camere, in base al quale l'applicabilità di una nuova disciplina *in subiecta materia* sarebbe procrastinata sino a che essa non sia in grado di acquisire piena operatività, con conseguente ultrattività *medio tempore* della legge anteriore (cfr. l'articolata memoria difensiva a sostegno dell'ammissibilità delle richieste di *referendum* elettorali presentate nel 1994 miranti al passaggio completo al sistema maggioritario, redatta da B. Caravita e C. Mezzanotte, pubblicata ne *Il Sole-24 ore* di domenica 8 gennaio 1995, n. 7, p. 5).

Più in generale e con diversi argomenti si è cercato di argomentare la possibilità di reviviscenza della legislazione elettorale previgente, in caso di abrogazione di quella in vigore (sul dibattito in dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale v. ora il quadro offerto da N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2017, spec. 127 ss.).

occasione dell'ormai celebre caso Cappato in tema di repressione penale dell'aiuto al suicidio.

Come in quel caso, infatti, dinanzi all'accertata illegittimità della legge elettorale la Corte potrebbe con una propria pronunzia interlocutoria (*i. e.* ordinanza), motivata nel merito con l'esplicazione delle ragioni dell'incostituzionalità, disporre il rinvio della trattazione della questione al fine di «consentire[...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare[...] possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»⁶². Valori, nel nostro caso, individuabili nella salvaguardia della funzionalità e continuità dell'organo parlamentare, nonché della potestà presidenziale di scioglimento, assicurate dalla perdurante possibilità di rinnovo delle camere.

In modo del tutto analogo che nel precedente appena evocato il rinvio dovrebbe essere a data fissa –con termine da individuare in relazione alla residua durata della legislatura– di modo che, ove alla scadenza del termine il legislatore non abbia provveduto ad approvare una nuova disciplina elettorale, la Corte costituzionale dovrebbe tornare a trattare la causa, addivenendo ad una nuova pronunzia, questa volta di incostituzionalità, nel solco di quanto già prefigurato nell'ordinanza di rinvio⁶³.

Si obietterà che in questo modo, pur offrendo al Parlamento l'opportunità di adottare una nuova legge elettorale prima che si produca il *vacuum* dell'incostituzionalità, non è assolutamente detto che il legislatore, nel lasso di tempo definito dalla Corte nell'ordinanza di rinvio, intervenga⁶⁴. Non solo, non v'è alcuna certezza che quell'intervento si abbia

62 Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 11 del *cons. in dir.*

63 La possibilità di fare ricorso alla tecnica decisoria inaugurata con il c.d. caso Cappato anche per il caso delle leggi costituzionalmente necessarie come le leggi elettorali, d'altronde, è stata prospettata per primo, sia pure criticamente, proprio da Roberto Romboli, nella nota a commento dell'ordinanza n. 207 del 2018 (v. R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 6/2019, I, 1892 ss.).

64 Del resto, questo –com'è noto– è proprio ciò che è accaduto nell'evocato precedente del c.d. caso Cappato dove, a fronte del termine di circa undici mesi fissato per la trattazione

neanche a valle della sentenza di accoglimento della Corte. Senza poi dire del fatto che nel lasso di tempo rilasciato al Parlamento dalla Corte ben potrebbe porsi la necessità di dover sciogliere le Camere senza che sia stata ancora approvata la nuova legge.

Ed allora?

Quella qui prefigurata sembrerebbe, in effetti, una soluzione zoppa, non in grado di assicurare adeguatamente l'esigenza di costante rinnovo dell'organo parlamentare. Tanto varrebbe, perciò, optare direttamente per la declaratoria di incostituzionalità *tout-court* o all'opposto ripiegare su una più mite decisione di inammissibilità con un robusto monito.

Insomma, l'obiezione parrebbe di quelle insuperabili e quindi decisive.

1130

Forse, però, le cose non stano esattamente come appaiono a prima vista e l'evidenza lapalissiana rischia, cogliendo l'immediato, di trascurare, in questo caso, valutazioni più complessive e di contesto, oltre che di non riuscire a mettere adeguatamente a fuoco alcune questioni specifiche.

Mi spiego.

Innanzitutto, andrebbe a mio avviso adeguatamente valorizzata la portata collaborativa della strategia della pronuncia sdoppiata, la quale tenderebbe ad evitare il conio pretorio della legge elettorale e a spingere il Parlamento a mantenere il suo ruolo essenziale di *dominus* della normativa elettorale. D'altronde rispetto all'alternativa della pronuncia di inammissibilità con monito, magari da bissare con una decisione di incostituzionalità ove eventualmente la questione sia riproposta, essa presenterebbe il vantaggio del carattere decisamente più stringente proprio del rinvio a data fissa.

della nuova udienza dall'ord. n. 207 del 2018, il legislatore è rimasto completamente inerte, portando la Corte, una volta riassunta la causa nell'udienza pubblica del 24 settembre 2019, ad accogliere la questione con la sentenza n. 242 del 2019.

Quanto poi all'eventualità che nelle more dell'approvazione della nuova legge si determini lo scioglimento delle Camere, va qui sottolineata che, da un verso, il termine di rinvio della trattazione della causa disposto dalla prima ordinanza dovrebbe essere temporalmente contenuto, in modo da produrre un effetto di concentrazione delle Camere su un unico obiettivo e di ridurre la possibilità di eventi accidentali e, dall'altro, che tanto più in un lasso di tempo circoscritto l'ordinamento già conosce ipotesi di limitazione del potere presidenziale di scioglimento⁶⁵.

Quanto, infine, all'obiezione, mossa proprio dalla dottrina che qui si celebra⁶⁶ –circa l'intima contraddittorietà di una tecnica decisoria che, da un verso, rinuncia in prima battuta a censurare una situazione di illegittimità pur accertata, per evitare vuoti che metterebbero a rischio altri valori di pregio costituzionale la cui ponderazione con quelli che determinano la non conformità a Costituzione della normativa impugnata è rilasciata al legislatore e poi, dall'altro, se quest'ultimo non interviene, comporta l'adozione della seconda pronuncia (questa volta) di incostituzionalità, dimostrando così che i limiti ad una decisione in

65 *Ex art. 88 cp. Cost.*, ma, per altre ipotesi, v. L. ELIA, *Sulla «ordinaria amministrazione» degli organi costituzionali*, in *Archivio giuridico «F. Serafini»*, 1958, 136-137, con particolare riferimento all'art. 60 cpv. Cost., il quale statuisce che «la durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra», e all'art. 94, terzo comma, Cost., relativamente al termine massimo di dieci giorni che deve intercorrere dalla formazione del Governo alla sua presentazione alle Camere per ottenerne la fiducia.

66 Partendo dalla dichiarata premessa di porsi «nella logica della natura giurisdizionale della Corte costituzionale», il Nostro afferma con nettezza che «risulta invero difficilmente spiegabile come sia possibile che quello che appare oggi un compito non riconosciuto al giudice costituzionale, e quindi non ricompreso nelle competenze del medesimo (ma in quelle del legislatore), possa al contrario, sulla base del semplice decorso del termine fissato dalla stessa corte senza che il legislatore sia intervenuto, mutare, ampliandole, le competenze della prima» (così R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale decide con sentenza il «caso Cappato» e supera l'ostacolo «insormontabile» approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Foro it.*, 3/2020, I, col. 839). Secondo l'Autore, insomma, delle due l'una: o l'incostituzionalità è rilevabile tout-court dalla Corte, ma allora non si vede perché essa non dovrebbe dichiararla già in prima battuta; o la sua declaratoria è preclusa dal necessario rispetto della discrezionalità legislativa, il che dovrebbe portarla ad adottare una pronuncia di inammissibilità con contestuale monito al legislatore, mentre non si capirebbe come tale ostacolo possa essere superato sulla sola base del trascorrere del termine fissato con la prima ordinanza.

prima battuta non fossero così insuperabili— sembrerebbe doversi osservare quanto segue.

Nel caso che qui ci occupa, a giustificare la prima pronunzia interlocutoria non sarebbe il pericolo di pregiudicare il migliore assetto dei valori in campo, da riservare al discrezionale apprezzamento del legislatore, quanto invece il rispetto del fisiologico (perché preferito) ordine delle competenze. Onde per cui, nell'ipotesi del mancato intervento del legislatore dopo la prima decisione interlocutoria che lo sollecitava, la seconda decisione di incostituzionalità prenderebbe atto che quella preferenza non è stata colta dal soggetto preferito. Così che —come si dice per la preferenza nei rapporti fra legislatore statale e regionale— il soggetto *non preferito* —la Corte— sarebbe a quel punto abilitato ad intervenire, sino a che il soggetto *preferito* non riacquisisca la competenza transitoriamente sottratta.

1132

Non, quindi, il contraddittorio travolgimento di un limite prima definito invalicabile, ma il superamento di una limitazione sin dall'origine prefigurata come permeabile.

9.1. Ma, al di là di tutto, vale qui svolgere un'ultima considerazione di carattere generale.

Nessun sistema sociale e men che mai il sotto-sistema giuridico(-costituzionale) può completamente affidare il destino del suo perdurare e del suo buon funzionamento a regole prescrittive che garantiscano in modo certo ed assoluto l'esito ultimo da conseguire. È necessario per questo fare affidamento, quantomeno *ab imis*, su un generico e generale dovere di cooperazione nell'esercizio delle pubbliche funzioni che, prima ancora che vantare uno specifico fondamento costituzionale, appare essere il presidio ultimo di una sorta di «moralità costituzionale», di una «etica della funzione» rispondente al ruolo ed al senso specifico che si attribuisce all'esercente funzioni costituzionali⁶⁷.

⁶⁷ In una prospettiva non dissimile, sia pur secondo un proprio ordine argomentativo, v. A. MORRONE, *In controtendenza. Note sull'ammissibilità del referendum elettorale per i collegi uninominali*, in *Federalismi.it*, 23/2019, 7 ss.

È quanto del resto ci insegnano le stesse Costituzioni col loro consegnarsi all'attuazione di un legislatore che potrebbe anche non provvedervi. Sarebbero per questo irrimediabilmente affette da un'ambizione irrealistica? E i sistemi costituzionali che su di esse si fondano sarebbero fatalmente segnati da una strutturale aporia?

Insomma, immaginare un Parlamento che, messo così alle strette su di una questione così ontologicamente propria, rimanesse sordo all'esigenza di adottare una nuova legge elettorale significherebbe delineare una così drammatica situazione di crisi sistemica di cui l'intervento della Corte costituzionale non sarebbe certo la causa, al più il fattore epifanico.

D'altronde, anche un Parlamento come quello italiano che, come interlocutore del giudice costituzionale, si è frequentemente mostrato affetto da inerzia⁶⁸, a valle dei due pronunciamenti di incostituzionalità del 2014 e del 2017, pur produttivi di normativa in sé funzionante, ha comunque provveduto a legiferare prima dello svolgimento delle elezioni. Che lo abbia fatto anche in maniera incoerente con i *dicta* del giudice costituzionale non ha qui molta importanza. Quel che rileva è per l'appunto che in quei frangenti il Parlamento sia intervenuto.

1133

Ora, come mi è recentemente capitato di osservare, «se è vero che il diritto nasce per sopperire all'assenza di virtù, è altrettanto vero che proprio il residuo di virtù appare la risorsa più profonda cui un sistema costituzionale affida la qualità del suo sopravvivere. E se questa manca, allora forse anche lo sbrego costituzionale può essere utilmente percorso, magari anche per stimolare la virtù cooperativa carente e generare un sussulto di responsabilità»⁶⁹.

68 Nonostante, proprio la dottrina dell'auto-applicatività, come acutamente osservato, «lungi dal servire da stimolo all'intervento del legislatore», avrebbe potuto rivelarsi come «un ulteriore comodo alibi per la incapacità delle forze politiche ... di dettare una nuova disciplina delle elezioni» (A. ANZON DEMMING, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'Italicum e il persistente immobilismo del legislatore*, in *Giur. cost.* 2017, 318).

69 P. CARNEVALE, *Sul voto il popolo non vota*, cit., 10.

Viene qui da rammentare la vicenda del dialogo-bisticcio fra Legislatore e Tribunale costituzionale, dipanatasi in Germania fra il 2008 ed il 2011 proprio sul terreno della

10. Termino qui le mie considerazioni sulle tre dense paginette. Esse mi hanno attirato, stimolato e guidato in queste mie riflessioni. Mi hanno, in altre parole, illuminato ed offerto una bussola, senza tuttavia imprigionare gli esiti della riflessione, così come solo gli studi dei maestri sanno fare. E non c'è dubbio che questo, quantomeno riguardo al sottoscritto, il Prof. Romboli lo sappia senz'altro fare assai bene. Anche questo mio contributo, nel suo piccolo, lo testimonia.

legislazione elettorale per il Bundestag. Ad una prima decisione del 2008, con cui il BundesVerfassungsgericht ebbe a dichiarare la incostituzionalità della legge elettorale allora vigente, relativamente alla disciplina riguardante l'assegnazione dei "seggi in eccedenza" (i c.d. Überhangmandaten). La formula adottata fu però quella della mera incompatibilità che, consentendo la perdurante applicazione della disciplina dichiarata incompatibile nelle successive (e abbastanza ravvicinate) elezioni, concedeva al legislatore un termine per modificare la legge elettorale riconosciuta incostituzionale.

Appena adottata, nel 2012, la nuova legge elettorale è stata ancora sottoposta al sindacato del Tribunale costituzionale che, lamentando la cattiva interpretazione della sentenza del 2008, l'ha ancora una volta riconosciuta non conforme a Costituzione, senza però ricorrere alla formula della mera incompatibilità, bensì alla declaratoria secca di nullità. A quel punto, il vuoto creato sarebbe stato irrimediabile senza un nuovo intervento del legislatore, tenuto anche conto del rifiuto del giudice costituzionale di ammettere il ricorso alla reviviscenza della disciplina precedentemente in vigore, in ragione della previa declaratoria di illegittimità costituzionale che l'aveva colpita. Ebbene, il Bundestag, messo di fronte alla responsabilità di assicurare il funzionamento del sistema democratico, rispose approvando una ulteriore legge qualche mese prima (maggio 2013) dello svolgimento delle elezioni previste per l'autunno 2013.

Cosa se ne può trarre? Quale l'insegnamento di questa istruttiva vicenda?

Direi, schematicamente: che, a fronte di un primo utilizzo di moduli decisionali ad impronta collaborativa da parte del giudice costituzionale, volti a privilegiare il ruolo attivo del legislatore ed a garantire direttamente l'esigenza di non pregiudicare il rinnovo dell'organo rappresentativo, l'esito insoddisfacente di questi moduli può poi comportare, in sede di nuovo controllo, un cambiamento di passo del giudice delle leggi per cui, da un verso, la garanzia dei principi costituzionali violati dalla legge non può oltremodo attendere e, dall'altro, l'esigenza di salvaguardare la possibilità di rinnovo delle Camere viene rimessa alla esclusiva responsabilità del legislatore, nelle cui mani rilasciare il destino del funzionamento del sistema democratico. In una analoga prospettiva, v. ancora F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale*, cit., 14-15.

“Social” Democracy?*

✍ PASQUALE COSTANZO**

*“Social media, which has connected the world
and enabled so much creativity and so many new businesses,
creates a distortion field that amplifies the worst in us,
and is an accelerant for lies and nonsense.
This makes the White House’s bully pulpit,
once the most formidable communications platform in the world,
just one more voice in the feed”.*

*(M. Allen, Good Sunday morning!
Today’s Smart Brevity, Axios, 8 nov. 2020)*

1135

1. Internet e la semplificazione del discorso politico

Non è certamente il caso, al punto in cui siamo, di ribadire quali siano le conseguenze della presenza dei cd. *social* a livello istituzionale e politico, né di richiamarne *ad abundatiam* i possibili

* Si potrà pensare che il tema qui scelto per onorare Roberto sia un po’ eccentrico rispetto agli interessi di studio che hanno e continuano a connotare la Sua esperienza di studioso e che vorrebbero essere riassunti nella griglia tematica compilata dai meritori organizzatori di questa bella iniziativa. Sarebbe, però, un’osservazione impropria e tale apparirebbe immediatamente a chi conosce la vasta curiosità intellettuale di Roberto. Tanto per fare un esempio, è stato Roberto ad organizzare, nel 2009, nell’ambito del suo esemplare dottorato pisano, un confronto tra pubblicisti e privatisti sui temi di internet. Credo, dunque, di poter condividere ancora con l’Amico di circa mezzo secolo le mie risalenti propensioni di ricerca in questa festosa occasione.

Dicevo: mezzo secolo, ma forse anche più, visto che, all’origine di tutte le cose, resta Alessandro Pizzorusso, Maestro di Roberto, che ne è stato il primo importante discepolo; mentre, per me, Alessandro ha rappresentato una voce amica e sapiente (fino ad arrivare a leggere i miei lavori e a farmi partecipe delle vicende della sua quotidianità).

Quotidianità! Ecco la parola! Vale tanto di più con Roberto: raramente infatti mi è capitato di aver intrecciato con un Collega rapporti che sono andati ben oltre il “mestiere” per trasformarsi in amicizia personale, rapporti tra le famiglie, condivisione di vissuto. Che poi è ciò che resta e che si ama ricordare (e che probabilmente più conta).

vantaggi e le inevitabili storture¹. Sul punto si ha già una vasta letteratura, specie straniera, tesa ad indagare nei suoi profili più minuti il fenomeno.

Tra tutti i temi, mi pare, però, che un necessario maggior approfondimento meriti (e continuerà a meritare sempre di più) l'influsso esercitato dalla Rete, appunto, attraverso i *social*, sul discorso politico, intendendo con questa espressione il flusso comunicativo che, sia dall'alto, –vuoi dai titolari di cariche istituzionali–, vuoi dai dirigenti dei partiti e movimenti politici, cala verso il basso investendo le coscienze (e le pance) dei vari *follower*, ²sia, per converso, dal basso risale come reazione di questi ultimi.

Ora, del fenomeno in questione, mi pare che il meno che possa dirsi è che stiamo assistendo ad una semplificazione estrema del discorso politico e, nel contempo, alla sua sovrabbondanza, favorita da espedienti tecnici (si parla spesso per *slogan* od affermazioni perentorie), e quasi ad una caratterizzazione autistica del messaggio e dei commenti che esso suscita.

1136

Senza voler per il momento accennare ai problemi di merito, non parrebbe, dunque, dubbio che ne esca sacrificata l'essenza democratica del discorso politico, ossia quella reale dialettica tra idee da cui soltanto possono originarsi le sintesi più convenienti al maggior numero di persone.

Ah, dimenticavo di parlare del valore intellettuale di Roberto come studioso e come costituzionalista: ma qui dovrei ripetere cose già note a tutti da una parte e dall'altra dell'Atlantico ...

Perciò, auguri affettuosi Roberto, e ad multos annos!

** Professore Emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Genova (<http://www.costituzionale.unige.it/>).

1 Sul punto, volendo, cfr. il mio *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 71 ss.

2 Col termine s'intendono notoriamente i seguaci di un certo personaggio, quelli, insomma, che si sono registrati come fan sul relativo *account*. Di qui la gara ad esibire il maggior numero di *follower* a riprova della propria popolarità e, per traslato, del consenso goduto almeno tra il popolo della Rete. Inutile dire che anche sui dati in questione è diventata lecita la cautela: del resto, sull'autenticità dei *follower* sono ormai in corso vere e proprie analisi, portare a stilare classifiche invertite circa chi ha più false adesioni (cfr., ad es., F. BANDIRALI, *La classifica dei 10 politici italiani con più follower finti*, in *TimGate* del 1° giugno 2019).

In altri termini, l'impressione è che tale processo di estrema destrutturazione tenda a trasformare il dialogo in una serie di messaggi autoreferenziali e la dinamica compositiva, sale della democrazia, non infrequentemente in una logica di prevaricazione.

Ciò premesso, ci si potrebbe accontentare di ascrivere il fenomeno ad un particolare folklore della Rete, se le risultanze di fatto non avessero già però creato fortemente il sospetto (se non la prova) che le stesse regole fondamentali del sistema di democrazia classica nel suo complesso stiano per essere sovrastate da quelle della cd. democrazia digitale (ad esempio, è opinione diffusa che le cd. *fake news* abbiano inciso pesantemente sugli esiti del *referendum* britannico per la *Brexit*³ ed abbia mietuto vittime illustri al momento delle precedenti elezioni presidenziali oltre oceano⁴; tanto che sul punto è persino comparso uno studio dal titolo: *Disinformazia*⁵).

Insomma, se la possibilità della formazione del consenso è la pietra angolare della democrazia, attraverso il discorso pubblico che la libertà d'informazione permette ed agevola⁶, saremmo attualmente davanti ad

- 3 Pare che la cosa si sia ripetuta in occasione delle ultime elezioni britanniche che hanno confermato Boris Johnson come Primo Ministro: si veda, a titolo esemplare, V. WOOD, *Fake news worse during election campaign than Brexit referendum, whistleblower says*, in *Independent* (<https://www.independent.co.uk/>), Monday 27 January 2020. Dal che dovremmo trarre motivo di riflessione per comprendere se un tale fenomeno stia diventando ineluttabile in occasione di qualsiasi competizione elettorale (ma v. la nota successiva).
- 4 Cfr. H. ALLCOTT e M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, Spring 2017, 211 ss., Sullo stesso fenomeno nella sfida Biden-Trump del 2020, K. CONGER, *Tracking Viral Misinformation About the 2020 Election Every day, Times reporters will chronicle and debunk false and misleading information that is going viral online*, in *New York Times*, Nov. 5, 2020 (on line: <https://www.nytimes.com>).
- 5 Cfr. F. NICODEMO, *Disinformazia: la comunicazione ai tempi dei social media*, Venezia, Marsilio, 2017.
- 6 Superfluo ricordare come il principio sia sottolineato, oltre che nell'art. 21 della Costituzione italiana, anche in importanti atti di natura internazionale (quali, tra gli altri, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (all'art. 19); la Convenzione EDU del 1950 (all'art. 10) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (all'art. 11). Si noti, tuttavia, come questi atti risentano ancora prevalentemente della situazione antecedente alla diffusione della Rete, cioè quando le informazioni

una crisi allarmante del paradigma liberale a favore di modelli populistici sostenuti non da una democrazia, ma da una demagogia digitale, tanto per riprendere il titolo di un saggio dedicato all'occupazione permanente di *Twitter*⁷ da parte dell'ex-presidente americano Trump.

Si tocca per questa via il delicato e spinoso problema dei cd. *big data*, anche se le presenti osservazioni hanno un orientamento diverso, sia pur complementare al tema⁸. Complementare perché il campo d'indagine riguardato è sostanzialmente lo stesso, ossia la formazione del consenso, specificamente quello elettorale. Diverso perché i *big data* entrano in gioco soprattutto con il cd. *microtargeting*, come ha dimostrato clamorosamente la saga di *Cambridge Analytica*,⁹ per cui i *big data* hanno permesso

circolavano in massima parte all'interno dei confini degli Stati sia mediante la stampa, ma anche grazie alla radiotelevisione. Ecco, pertanto, il primo aspetto sotto il quale è venuta svaporando la sovranità statale. Sullo specifico profilo trattato nel paragrafo, v. C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), fasc. 3/2018; per un inquadramento più generale, cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà d'informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, fasc. 1/2018 (www.medialaws.eu).

7 Cfr. C. FUCHS, *Digital Demagogue: Authoritarian Capitalism in the Age of Trump and Twitter*, Pluto Press, London, 2018; ma anche L. Ott. BRIAN e G. DICKINSON, *The Twitter Presidency: Donald J. Trump and the Politics of White Rage*, Abingdon, Taylor & Francis, 2020. Poiché nel prosieguo, ci riferiremo sovente a tale *social*, forse val la pena di precisare che esso consente la comunicazione sotto forma di brevi messaggi non più lunghi di 140 caratteri detti "tweet" (*microblogging*), che possono contenere URL abbreviati, immagini, emoticon, gif animate e video. *Twitter* ha giocato un ruolo importante durante le cd. primavere arabe, divenendo così molto popolare, e rivelandosi utile anche in altre diverse occasioni a fini di coordinamento. Lo strumento, inoltre, ha manifestato "affinità elettive" soprattutto con personalità pubbliche ed è diventato un protagonista inescapabile delle campagne elettorali: sul punto, v. O. POSEGA e A. JUNGHER, *Characterizing Political Talk on Twitter: A Comparison Between Public Agenda, Media Agendas, and the Twitter Agenda with Regard to Topics and Dynamics*, in *Atti della 52a Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)*. (<https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/bitstream/10125/59697/0257.pdf>).

8 Per i pochi non ancora al corrente, ragionando di *big data* (probabilmente dal 1997), ci si riferisce all'archiviazione di enormi quantità di informazioni digitalizzate, a cui è possibile accedere in cd. tempo reale per apprendere informazioni o per risolvere problemi. Trattandosi d'informazioni "tratte" soprattutto da messaggi che le persone si scambiano vicendevolmente o che si sono in vario modo pubblicate o registrate in Rete, non c'è da sorprendersi che siano stati i cd. colossi di internet (*Facebook*, *Google*, ecc.) i primi a implementare questo tipo di tecnologia.

9 «*Data drives all we do*»: questo lo slogan di questa nuova società tecnologica fondata a Londra nel 2013. Specializzata nell'analisi dei dati su larga scala e nella consulenza sulla

di intraprendere campagne elettorali in pratica su misura per ogni singolo elettore di cui erano stati profilati i gusti e le esigenze grazie ai *social*.

Il *focus* di questa riflessione riguarda invece più in generale il discorso politico, che ovviamente non ignora i risultati deducibili dal *big data*, ma si caratterizza per un maggior grado di generalità e di immediatezza.

2. “Data drives all we do”.

In questo quadro, si discuteranno alcune vicende di cui si è reso protagonista il ridetto Trump, le quali, riguardando chi è stato il capo della più grande democrazia occidentale, hanno sicuramente un ruolo paradigmatico; riservando un rapido cenno finale a quelle dell’autoctono Salvini, che interessano invece in quanto incidono più direttamente nella carne viva della Nazione.

Di Trump vanno, dunque, ricordate almeno due significative circostanze. Anche se esse, infatti, hanno posto questioni abbastanza diverse tra loro, il comune denominatore è dato in entrambi i casi dall’incidenza che la cd. democrazia digitale gioca nel sistema istituzionale e politico.

1139

Quali le peculiarità dei due casi?

Nel primo, *Twitter* è stato coinvolto nel bel mezzo di un *affaire* per cui sarebbe potuta anche andare in porto per Trump una procedura d’*impeachment*, avendo costui chiesto al Presidente ucraino di indagare sul democratico Joe Biden, in quel momento candidato antagonista per le elezioni presidenziali 2020 (e destinato, com’è ormai noto, ad entrare alla Casa Bianca). Ecco i fatti in questione: al momento dell’audizione al Senato dell’ex ambasciatrice americana in Ucraina, Marie Yovanovitch, una sortita di Trump su *Twitter* assai svalutativa nei confronti

comunicazione, la sua missione era di impegnarsi a cambiare il comportamento personale attraverso l’uso dei dati, incrociando elaborazione dei dati, psicomетria e psicologia comportamentale. Sul suo sito web ufficiale, *Cambridge Analytica* si presentava come apartitica, ma nella realtà numerosi e profondi erano i suoi legami con i Repubblicani americani, specie a livello di clienti politici. Tra i suoi fondatori, *Cambridge Analytica* annoverava, infatti, Steve Bannon, ex presidente del sito di estrema destra *Breitbart* e stratega di Donald Trump durante la sua campagna per la presidenza americana.

della diplomazia veniva interpretata dagli avversari politici e dalla stessa Yovanovitch come un indebito tentativo d'intimidazione. Di qui la sollecitazione della senatrice democratica della California Kamala Harris (predestinata alla vicepresidenza in esito alle ultime elezioni in USA) alla dirigenza di *Twitter* a sospendere l'*account* di Trump, sull'assunto che il presidente ne avesse fatto un uso abusivo.

Nel secondo caso, *Twitter*, facendo evidentemente tesoro dei guasti riscontrati nelle precedenti presidenziali americane, annunciava di voler adottare una *policy* che avrebbe potuto comportare vere e proprie azioni censorie nei confronti dei messaggi provenienti da contendenti politici inclini ad avvelenare la competizione elettorale con falsità ed ingiurie. E, lo si accennerà più oltre, in effetti Twitter ha in un certo senso mantenuto la parola.

1140

Come che sia, s'intende assai bene che entrambe le questioni gravitano chiaramente nella dimensione costituzionalistica, attenendo, si potrebbe dire, l'una alla forma di governo (l'*impeachment*), l'altra alla forma di Stato (la democrazia rappresentativa).

Ma, in ambedue i casi, poi, è soprattutto la *freedom of speech*, particolarmente cara al costituzionalismo statunitense, a venire in risalto.

3. Le elezioni presidenziali americane in Rete

Come forse è abbastanza noto, le reazioni alla richiesta di Kamala Harris sono state abbastanza negative, da parte, prima ancora che di *Twitter*, di esponenti dello stesso partito a cui la senatrice democratica appartiene.

Ad esempio, se per la Harris i *tweet* del Presidente avevano oltrepassato la linea oltre la quale *Twitter* (in generale) dovrebbe sospendere l'*account*, tanto più quando gli abusi siano perpetrati dalla carica più potente degli Stati Uniti e la posta in gioco sarebbe troppo alta per rimanere passivi, per un'altra democratica, la senatrice del Massachusetts Elizabeth Warren, addirittura candidata alla presidenza, sarebbe risultato più costruttivo dedicarsi a buttar fuori Trump non da *Twitter*, ma dalla Casa Bianca.

Dal canto suo, in un primo momento, *Twitter* opponendo un diniego alla richiesta della Harris, allegava giustificazioni di ordine generale, cercando di astrarre dal caso di specie e protestandosi vocata a far progredire la conversazione pubblica globale, nel cui ambito i *leader* mondiali, in forza del loro enorme impatto sociale, svolgerebbero un ruolo fondamentale. Così che, secondo *Twitter*, la sospensione di un *leader* mondiale da *Twitter* o la rimozione dei suoi *tweet* controversi, oltre a non metterlo a tacere e a non ostacolare la discussione sulle sue parole ed azioni, avrebbero potuto occultare informazioni importanti che le persone dovrebbero poter vedere e commentare.

Come si è accennato, però, *Twitter* sembra aver adottato un diverso orientamento con riguardo alle appena trascorse elezioni presidenziali del novembre 2020. Già, infatti, nelle prime battute delle giornate elettorali americane, un *tweet* di Trump in cui si accusavano i democratici di volere rubare le elezioni è stato oscurato dal *social*¹⁰ (nel contempo, anche diverse emittenti televisive hanno preferito ignorare il messaggio¹¹). Successivamente, altri *tweet* del Presidente uscente (secondo cui *his vote advantage in key Democrat-run states had “started to magically disappear”, and in another that 500,000 votes in key states were at risk*) sono stati bloccati e sostituiti dalla scritta “*Some or all of the content shared in this Tweet is disputed and might be misleading about a Brownlow count or other AFL process*”¹².

1141

Occorre peraltro subito ricordare come il potenziale impatto dei *social* sulle presidenziali americane non sia una questione solo di oggi, dato l’uso, ormai quasi mitico, fattone da Barack Obama, che, non solo

10 Cfr. M. SHEETS, *Twitter immediately flags Trump’s tweet claiming the Democrats are trying to ‘steal’ the election and votes are being cast after the polls closed*, in *MailOnline*, 4 november 2020 (<https://www.dailymail.co.uk/home/index.html>).

11 Cfr. P. BAKER e M. HABERMAN, *In Torrent of Falsehoods, Trump Claims Election Is Being Stolen*, in *New York Times*, Nov. 5 (updated 7), 2020 (on line: <https://www.nytimes.com>).

12 L’allusione è al premio per il giocatore più corretto assegnato in una famosa competizione sportiva.

durante la corsa alla presidenza¹³, ma anche durante l'esercizio del mandato¹⁴, si era assicurato grazie a *Twitter* un immenso seguito.

La circostanza ha persuaso successivamente tutti i candidati di ogni parte politica ad attrezzarsi (non v'è discussione circa il fatto che Obama sia stato in grado di cambiare il modo con cui le campagne elettorali utilizzano i *social media*¹⁵ e il *micro-targeting*), derivandone anche la conseguenza un po' paradossale di poter misurare in anticipo, pur con tutte le dovute cautele (seguire non vuol dire all'evidenza condividere), il proprio grado di popolarità. In questo senso, guardando ai 100 milioni di *follower* potenziali di Trump, si sarebbe potuto dire che alle elezioni presidenziali appena trascorse non ci sarebbe stata partita e che solo Trump stesso (dopo essersela cavata con l'*impeachment* al Senato¹⁶) avrebbe potuto fraporsi tra sé e la propria rielezione¹⁷.

Di qui l'interrogativo circa il peso che hanno avuto nelle presidenziali americane del 2020 le *policy* adottate dai *social* nello stabilire una *par condicio*, almeno, per così dire, etica tra tutti i candidati.

1142

13 Non solo, ma durante la campagna elettorale del 2008 l'account di Obama è stato sovente quello più seguito a livello globale. Non è mancato chi ha assimilato il ricorso di Obama ad internet a quello effettuato da Roosevelt e Kennedy ai più tradizionali media radiotelevisivi (e in Italia da Berlusconi, che per di più ha goduto della rendita di posizione di principale concessionario privato del servizio).

14 Utilizzando, per vero, anche l'account *twitter* della Casa Bianca (@WhiteHouse). Come si legge, Obama ha in varie occasioni organizzato mediante *twitter* dei forum pubblici: tra questi, particolare rilievo ha avuto, il 6 luglio 2011, il "*Twitter Presents Townhall - the White House*".

15 Anche l'account Facebook di Obama ha infatti giocato un importante ruolo. Come si apprende, nel 2008, la campagna presidenziale di Obama ha riservato una buona parte del suo budget per promuovere l'account Facebook. Oltre agli account Facebook di Barack e Michelle Obama e Joe Biden, sono stati attivati altri dieci account Facebook con destinazioni specifiche come, ad es., i veterani, le donne e gli afroamericani per Obama.

16 Cfr. M. GAGGI, *Trump assolto, Usa ancora divisi*, in *Corriere della sera* (online), 6 febbraio 2020.

17 Invece Trump è stato il primo Presidente americano non rieletto da 28 anni a questa parte. Ma come efficacemente sottolineato, "*Donald Trump defeated Donald Trump*", dato che "*In the final, furious days of his reelection campaign, President Donald Trump often turned his public rallies into personal therapy sessions, at which the embattled and embittered President rued what might have been*": cfr. D. AXELROD, *Why Trump lost*, nel sito della CNN (<https://edition.cnn.com/>), November 7, 2020.

Sappiamo però che anche *Facebook*, nonostante il primitivo proposito di astenersi dall'intervenire nei messaggi politici, teorizzando, si può dire, una qualche libertà di menzogna (ovviamente facendo conto sul *Communications Decency Act* del 1996 che ha stabilito pionieristicamente l'immunità giuridica degli intermediari tecnici sulla Rete), ha adottato iniziative di oscuramento dei messaggi intese a proteggere, per quanto possibile, la genuinità del voto (anche *YouTube* ha cancellato falsi risultati elettorali che venivano trasmessi tramite diversi account sulla sua piattaforma)¹⁸.

4. La libertà d'informazione politica in Rete

Le posizioni assunte da *Facebook* e da *Twitter* pongono però interrogativi non da poco dal punto di vista costituzionalistico.

Esse rinviando, infatti, sia al generale problema della plausibilità (prima che della sua dubbia efficacia) di antidoti giuridici nei confronti del messaggio politico fasullo, diffamante o foriero d'odio, sia (a considerare, oltre tutto, che negli USA sembra potersi escludere che il Primo Emendamento abbia un'efficacia orizzontale), all'ulteriore rischio che un intervento censorio privato (è stato notato quanto siano evanescenti le

1143

18 Un'attitudine ancor più “vigile” del *social* si è manifestata in Italia, non senza polemiche e coinvolgendo la stessa magistratura, a seguito della pubblicazione, da parte del gruppo di estrema destra “Casa Pound”, di discorsi d'odio su *Facebook*. Avverso l'oscuramento del relativo sito avvenuto il 9 settembre 2019, si è mosso infatti tale gruppo ottenendone in via cautelare la sospensione ad opera del Tribunale di Roma, il 12 dicembre, che ha motivato partendo dal “*rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook*” sarebbe di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano. Decidendo, tuttavia, il 24 febbraio 2020, in via definitiva, lo stesso Tribunale, ha respinto il ricorso di Forza Nuova contro la decisione di *Facebook*, dal momento che “*La maggior parte del contenuto e il tono generale dell'opera del ricorrente, e dunque il suo scopo, hanno una marcata natura negazionista e contrastano quindi con i valori fondamentali della Convenzione [EDU], quali espressi nel suo Preambolo, ossia la giustizia e la pace. Rileva che il ricorrente tenta di fuorviare l'art. 10 della Convenzione dalla sua vocazione utilizzando il suo diritto alla libertà di espressione per fini contrari alla lettera ed allo spirito della Convenzione. I predetti fini, se fossero tollerati, contribuirebbero alla distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione*”

categorie del politico) alteri a vantaggio di qualcuno il flusso informativo in un momento così delicato come la campagna elettorale.

Occorrerebbe, però, non perdere di vista la distinzione qualitativa tra i tempi della politica, nel senso di una minor tollerabilità dell'inquinamento informativo a ridosso degli appuntamenti elettorali a fronte dell'esigenza del genuino determinarsi delle propensioni elettorali che sostanziano la democrazia rappresentativa (del resto, una tale distinzione qualitativa in rapporto allo scadenziario costituzionale permea già la disciplina della tradizionale *par condicio*).

Sicché, da almeno questo punto di vista, la libertà informativa dovrebbe essere suscettibile di un bilanciamento che, per la Rete, dovrebbe riguardare non solo tempi e modi (nel nostro ordinamento l'AGCOM è già, peraltro, intervenuta a proposito di silenzio elettorale e sondaggi¹⁹), ma anche forse la qualità del messaggio in forme però ancora tutte da immaginare.

1144

5. Segue: alla ricerca di una nuova razionalità democratica

Venendo a scenari più vicini a noi, problematiche non dissimili si pongono per il caso Salvini²⁰, che però è solo la punta dell'*iceberg* di un fenomeno che vede coinvolti tutti i *leader* politici²¹.

19 V. l'istituzione, il 6 novembre 2017 di un «Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali» con lo scopo di favorire e promuovere l'autoregolamentazione delle piattaforme e lo scambio di buone prassi per l'individuazione ed il contrasto dei fenomeni di disinformazione online frutto di strategie mirate (delibera AgCom n. 423/17/CONS); il Rapporto tecnico Agcom «Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti *fake*» redatto nell'ambito del Tavolo tecnico di cui alla delibera Agcom n. 423/17/CONS (pubblicato il 9 novembre 2018); le Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018, gli Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme online per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia – 2019, e la Relazione annuale 2020.

20 Cfr. F. PICCINELLI, *I segreti della strategia di Matteo Salvini sui social network*, in *Wired*, 24 febbraio 2018.

21 Cfr. V. CUPPONE, *Leader politici e social media: comunicazione sempre più strategica. Più efficace Salvini o Di Maio?*, in *Identità Digitali*, 18 dicembre 2018. Più in generale, v. il Rapporto *I social media nella comunicazione politica italiana* (a cura di S. Manna,

Di Salvini, infatti, è ormai famosa la speciale équipe di tecnici attenta ai *social*,²² che oltre a smentire l'ingenuo assunto che la propaganda politica in Rete possa essere a costo zero²³, ha contribuito alla crescita elettorale della Lega a partire dalle scorse elezioni europee (al proposito, l'Unione europea, a differenza del parlamento nazionale, ha preso, almeno dal 2018 ad occuparsi e a preoccuparsi dell'inquinamento elettorale con diverse iniziative che hanno visto anche l'adesione delle principali piattaforme *social*, sia pure con esiti non entusiasmanti finora²⁴).

Ora se l'occupazione permanente del cyberspazio non trova e forse nemmeno richiede contromisure, diverso sembra il profilo del discorso politico, che, come accennato all'inizio, dà corpo alla cd. demagogia digitale.

Ma qui probabilmente occorre prendere preliminarmente atto che il modello liberal-democratico di tutela della libertà di pensiero e di informazione mostra la corda quando si tratta di proteggere, non tanto e non solo il *free speech* di ciascuno, quanto i valori democratici del sistema così come configurati dalla Costituzione.

1145

Azzardando un qualche parallelismo, se il terrorismo costringe a riconfigurare gli spazi di libertà personale in nome della sicurezza e dell'incolumità, il neopopulismo digitale come stile di comunicazione spinge a riconsiderare la fisionomia di un'altra libertà classica come quella di pensiero in nome dei principi democratici.

Se, infine, nello scontro tra algoritmi e trasparenza, tra *big data* e *privacy*, tra coesistenza pacifica e pratica dell'invettiva e dell'odio, il ruolo

N. Manna, A. Colaiacomo, G. Panarelli, L. Tarricone e L. Zanotti), in *Orizzonti Politici* (<https://www.orizzontipolitici.it/>), maggio 2020.

22 Cfr L. GAROFALO, *Salvini, come funziona la Bestia? Con 35 esperti 24 ore al giorno e il tool per ascoltare il sentiment della Rete*, in *Key4biz*, 21 ottobre 2019.

23 Cfr. *Come la Lega spende i soldi sui social*, in *Il Post*, 13 maggio 2019.

24 In merito, cfr. A. PISANESCHI, *Reti sociali ed elezioni: il fallimento del mercato e il quadro regolatorio europeo*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3 febbraio 2020.

della libertà di parola deve restare fondamentale, la sfida è aperta per il reperimento, da parte di ogni interessato e massimamente dai costituzionalisti, di altri compatibili modelli che formino una nuova razionalità democratica nella società digitale (*10 novembre 2020*).

La nueva Constitución chilena

Esperanzas y desafíos desde la perspectiva del derecho penal comparado

✍ EMANUELE CORN*

*Una sociedad
en la que la garantía de los derechos no está asegurada,
ni la separación de poderes determinada,
no tiene Constitución*

*Declaración de los Derechos del Hombre
y del Ciudadano de 1789
(art. 16)*

1147

1. Introducción

Dudo que haya profesor de derecho constitucional en Italia que no mire con curiosidad o directo interés, al proceso de reforma institucional que se puso en marcha en Chile en los últimos meses del 2019 y que, con toda probabilidad, llevará a la “delgada patria”¹ de Pablo Neruda a una nueva Constitución a lo largo de 2022.

Entre tantos ojos expertos están, por cierto, también los del profesor Roberto Romboli, cuyo análisis taladrante, cuya capacidad investigativa siempre genuina, y cuyo sincero cariño por América Latina se celebra por medio de este libro homenaje.

* *Research Fellow* en la Universidad de Antofagasta.

1 «Noche, nieve y arena hacen la forma / de mi delgada patria, / todo el silencio está en su larga línea, / toda la espuma sale de su barba marina, / todo el carbón la llena de misteriosos besos.» Se trata de la parte central del poema XVIII (Descubridores de Chile) del Canto III (Conquistadores) del Canto General (1950)

El argumento que elegí para mi modesta contribución entonces constituye un verdadero desafío, aunque confíe en la magnanimidad del profesor Romboli, pues entre tantos que ya se han cimentado con el tema y los que lo harán en los próximos meses y años, no será sencillo acompañar síntesis, calidad metodológica y una “luquita”² de originalidad.

Y sin embargo no podía elegir otro título.

Mi disciplina científica es el derecho penal, lo que en Italia no dificulta sino, al contrario, facilita un dialogo constante con el derecho constitucional. Tal vez superada tan solo por la portuguesa, la Constitución italiana contiene un número significativo de disposiciones que hacen referencia directa o indirectamente al derecho penal. Si esto no bastara, especialmente a partir de los años '70 del siglo pasado, se propuso y se fortaleció de poco a poco una interpretación de la materia penal constitucionalmente orientada, en particular a partir de la obra del profesor Franco Bricola (BRICOLA, 1973, 7 y ss.), siendo los docentes de mi casa de estudios en Trento, todos aferentes a la doctrina de la Alma Mater boloñesa.

1148

Este método de aproximarse a la disciplina del derecho penal, que ha caracterizado la ciencia italiana, distinguiéndola de las demás grandes tradiciones europeas (tanto de *common law* como de *civil law*) (FORNASARI, 2021) puede que se desarrolle también en las próximas décadas en Chile, al reproducirse en este país la circunstancia de un código antiguo y una Constitución nueva que reflejan contenidos de valores y principios a veces antagónicos, como ocurrió en Italia, tras la aprobación de la *Charta* de 1948.

En Chile hay autores³ que llevan años trabajando el tema, aunque hasta el momento la doctrina mayoritaria no le haya reservado especial

2 Con la palabra: “luca”, en el lenguaje coloquial en Chile, se indica el billete de mil pesos, que es el corte más pequeño entre los que actualmente circulan en el país. La palabra se propone en forma diminutiva para darle un sentido aun más callejero.

3 Siendo Mario Durán el más conocido con importantes escritos a partir del año 2011 y sucesivamente en 2013 y 2015. Un estudio estadístico emprendido a mediados de la década del 2000 por dos conocidos penalistas chilenos y que se colocó como objetivo

atención. Por supuesto, nunca han faltado en el país andino penalistas que invocaran reformas profundas –incluyendo en el listado de textos a derogar también la disciplina constitucional pinochetista de 1980–, pero hasta las protestas estalladas a finales de 2019, no había quien realmente apostara por una repentina redacción de una nueva Constitución.

El terreno a trabajar, por lo tanto, resulta de momento en buena medida virgen.

En seguida voy a ofrecer mi modesta propuesta, con respecto a lo que podría decir, o debería prever, o aun debería evitar de decir el nuevo texto constitucional.

No puedo avanzar la presunción de proponer un texto articulado y me limitaré a indicar los principios básicos a considerar, apoyándome principalmente en un estudio de derecho comparado sobre unas constituciones europeas⁴.

La necesidad de mirar al extranjero, para los chilenos, será imprescindible porque las protestas de finales de 2019 enseñaron cómo el camino de reforma del texto de 1980, empezado tímidamente con los primeros gobiernos de la Concertación y sucesivamente reforzado bajo las dos presidencias de Michelle Bachelet, no podía dar más frutos. La redacción “tramposa” (ATRIA, 2013) de Jaime Guzmán ha mantenido hasta hoy su potencia y sigue dificultando proyectos de reformas sociales sostenidos por amplios sectores. Con una “hoja en blanco” por delante (HEISS BENDERSKY, 2016, 114; BASSA MERCADO, 2008, 28), como tendrán los constituyentes según una expresión que se hizo común en Chile en estos últimos meses, será una necesidad metodológica mirar a las

revisar la producción científica de esta disciplina en revistas chilenas desde fines del siglo XIX hasta el momento de su redacción, la palabra “constitución” no aparece en el arco de más de 100 años de penalismo, al menos en artículos, es el siguiente: MATUS, J.P., & CARNEVALI, R., 2007.

4 Espero no parezca gesto de presunción o –peor– de colonización cultural el hecho de no mencionar con detalle constituciones de países latinoamericanos. Al disponer de pocas páginas opté por dedicarlas a lo que conozco con mayor precisión confiando, entre tantas contribuciones, que no falten académicas/os que propongan aportes comparativos intra-continetales.

experiencias extranjeras que mejor garantizaron la edificación de estados sociales y democráticos de derecho.

Antes de terminar la introducción vuelvo a subrayar la importancia de la interpretación constitucional. No basta con introducir artículos de apreciable redacción: por lo menos con respecto al derecho penal, la experiencia italiana muestra que lo decisivo será la interpretación que de éste ofrecerán jurisprudencia y doctrina. Para entenderlo realmente, creo que hay que volver a Bricola. Dar un rostro constitucional al derecho penal ha sido el gran objetivo de su obra; sobre todo en el extranjero se sobrevuela sobre el hecho que esto no fuera para nada obvio en la Italia en que aparece la teoría general del delito hace cincuenta años. Las presiones conservadoras eran, aún, fuertes; y aunque la convicción de que la doctrina, para hacer de verdad ciencia del Derecho penal, debía limitarse a un rol exegético comenzara a ser declinada respecto al pasado, sin embargo, estaba lejos de ser abandonada (FORNASARI, 2021).

1150

Una nueva constitución, en definitiva, no cambia un país, es tan solo el presupuesto para que ciudadanas y ciudadanos activas/os puedan trabajar fructuosamente para construir una sociedad mejor.

2. El derecho penal y sus principios

Los principios que forman la base del derecho penal en los países democráticos no son tan solo una forma refinada y práctica para impartir enseñanza a los estudiantes de derecho. Ellos determinan la forma en que pensamos al delito y su represión.

La importancia de los principios fundamentales es tan grande, para proteger las libertades de los individuos, que los manuales de derecho penal no son instrumentos suficientemente poderosos para resguardarlos.

Es más, la historia misma nos enseña que tampoco las leyes son suficientes y colocar los principios simplemente en los códigos penales los expone a las tormentas de los cambios políticos. Es lo que ocurrió en la Alemania nazi, en donde no fue necesario, a los partidarios de Hitler, introducir un Código nuevo para abrir las puertas al totalitarismo, sino

que fue suficiente atacar directamente el principio de estricta legalidad: el delito ya no era una conducta establecida por una ley, sino una lesión del sano sentimiento del pueblo alemán⁵.

Por lo tanto, la médula del derecho penal de un país necesita la protección de una Constitución como una ostra necesita de su concha.

Si esto es verdad con respecto a cualquier país, toma especial relevancia en el caso chileno.

El que crea que la causa de la citada especialidad sea el proceso de renovación constitucional que Chile está cruzando en estos meses tiene razón, pero solo en parte, porque la raíz más profunda no se coloca en el porvenir. La causa verdadera está a nuestras espaldas porque en Chile está vigente uno de los códigos penales más antiguos del mundo cuya estructura se labró en la misma fragua de las recopilaciones europeas de la primera mitad del siglo XIX⁶.

A este dato, ya de por sí determinante, se acompaña otro del mismo valor: es decir la ausencia, tras el golpe de estado de 1973, de un texto constitucional capaz de generar en toda o casi toda la población del país un sentimiento de confianza y legitimidad. Más allá de las características formales (bien cumplidas por el texto de 1980) es esta especie de “empatía legislativa” que permite calificar a un texto como *Charta magna* del

5 Toda forma de totalitarismo, no solo la expresada por los nacionalsocialistas, fue enemiga del principio de legalidad: el código penal soviético de 1926 estableció que fuera delito todo lo que ofendiera el mismo régimen y el orden jurídico creado por el gobierno de los obreros y de los campesinos y al mismo tiempo que no lo fuera aquella conducta que, a pesar de ser típica, era realizada en el interés de la clase trabajadora; cfr. FORNASARI, G., MENGHINI, A., 2012, 9. Otras obras de referencias utilizadas para la elaboración de este escrito –aunque no siempre expresamente citadas– son: PALAZZO, F., PAPA, M., 2013; CADOPPI, A., 2004; PAPA, M., 2019,

6 Es noto tan solo en Bélgica y en Haití son actualmente vigentes códigos penales más antiguos (GUZMÁN DALBORA, J.L., 2013: XVII-XVIII). Se suele indicar que la longevidad del código se explica tanto por su factura liberal, por contar con un comentarista de peso como Pacheco y, más modernamente, por la incapacidad de la política de interesarse en una reforma total al código. En específico sobre la historia de la codificación fracasada: MATUS, J.P., 2010.

ordenamiento y además, con efecto cascada, transmite legitimidad a los órganos constitucionales creados por sus artículos⁷.

A falta de una Constitución capaz de ser el baricentro sustancial del ordenamiento y de un código penal ajustado a las exigencias del siglo XXI, en la mirada de jurista comparatista el derecho penal chileno aparece como un extraordinario sistema literalmente dominado por la interpretación estratificada de la doctrina nacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En consecuencia, los principios que rigen hoy en día el ordenamiento penal del país son el destilado de la mejor filosofía jurídico penal en auge en los países de *civil law*⁸. No nos encontramos, entonces, en una situación en la que faltan valores positivos, pues tras la progresiva vuelta a la democracia en Chile, los propios valores democráticos retornaron también al ordenamiento penal.

1152

Sin embargo, el sistema es frágil y no resistiría a un cambio político violento y esto ocurriría, justamente, por las razones antes expuestas⁹: consideramos que los enunciados de los principios fundamentales del ordenamiento penal no se encuentran suficientemente protegidos en Chile, hoy en día, ni desde un punto de vista formal, ni desde un punto de vista sustancial.

En perspectiva *de iure condendo*, dado entonces como asumida la necesidad de la presencia de los principios fundamentales de la materia en

7 En un texto dedicado a los 70 años de la Constitución de la República italiana, Giorgio Lattanzi (presidente emérito de la Corte italiana), en una comparación con la desafortunada constitución de Weimar, explica que las constituciones que han durado más tiempo han tenido la posibilidad de transformarse junto con la sociedad y por lo tanto son al mismo tiempo más nuevas y rodadas de constituciones creadas por plumas de juristas brillantes, pero con suerte no acertada. Estas constituciones generan el que ha llamado «*patriottismo costituzionale*» al que se atribuye la más formidable defensa de las instituciones democráticas. «*Il popolo – escribe Lattanzi – si identifica con i valori costituzionali, percepiti come garanzia di stabilità e prosperità*» (LATTANZI, G., 2020, 433).

8 GUZMÁN DALBORA, J.L., 2015, 15-17 y 136-144; Vease también: ATIENZA, M., 2017, *passim*.

9 Profundiza y aclara las relaciones entre derecho penal y sistema político el segundo capítulo del Manual de Pulitanò: PULITANÒ, D., 2019, 17-30.

la nueva Constitución chilena, resulta imprescindible reflexionar acerca de la jerarquía interna de los citados principios.

En efecto, una Constitución válida, aún más si es reciente, no permite simplemente proteger su propio contenido, sino que establece —directamente o no— una escala entre los valores propuestos.

Así, para algunos principios estar en la Constitución puede ser útil, mientras que para otros es absolutamente necesario. Otros, finalmente, es mejor que no entren en el texto porque no necesitan de la protección acordada por ésta y/o necesitan mantener cierta flexibilidad. Como todo árbol, el ordenamiento penal necesita estar firmemente anclado en el terreno, pero sus raíces no deben ser desproporcionadas a las dimensiones del resto del organismo y las ramas deben conservar un buen nivel de flexibilidad para aprovechar de la briza y soportar las tormentas de viento.

En efecto, los principios penales son muchos pues los especialistas confieren dicho emblema¹⁰ a reglas como la fragmentariedad, la *extrema ratio*, el merecimiento de pena, la autonomía el *ne bis in idem*, etc.

1153

Evidentemente, el espacio de este ensayo es insuficiente para abordarlos todos, pero es importante subrayar que, aunque los principios compartan entre ellos la característica de ser la parte más consolidada de las reglas jurídicas, ellos también evolucionan en el tiempo, sea desde el punto de vista interno, sea en lo relativo a sus recíprocas relaciones. Por ejemplo, si pensamos al principio de legalidad como al fruto más puro de la edad de la Ilustración, nos damos cuenta que llevaba unos cuantos siglos en una fase de incubación y hasta hoy sigue remodelándose, pues hay debate sobre la reserva de Ley reforzada (según el modelo de la ley orgánica en España) y sobre el principio de ofensividad, que cada vez más legislaciones tratan de forma detallada (en Polonia desde 1998 art.

10 Entre penalistas —como nota GUZMÁN DALBORA, 2015, 136— hay problemas ya desde el momento de utilizar una misma terminología: principios básicos, fundamentales, informadores, constitucionales, cardinales, rectores etc. Mirando a las varias tendencias relativas a su agrupación dibujadas por Rivacoba, adherimos a la quinta, es decir la que representa los principios como límites o del derecho penal o más bien del *ius puniendi*.

115, en 1995 Eslovenia, en Croacia en 1997 y, tras larga vigencia en la legislación penal dedicada a los menores de edad en Italia con el art. 131 *bis*).

De por sí, desde el punto de vista de la teoría del derecho, los principios son una clase particular de normas jurídicas, unos preceptos reguladores del obrar intersubjetivo, cuya característica reside en la generalidad de su alcance, en la ausencia de un preciso presupuesto de hecho lo que impide que se puedan usar en la misma manera de las demás reglas. Alexy los define, por lo tanto, preceptos de optimización originarios del ordenamiento en vigor y no impuestos desde el exterior (ALEXY, 1993, 86).

Aclarado esto, se deduce como los principios sean incapaces de entregar una legitimación radical al contenido de las disposiciones jurídico-penales y no pueden delimitar el perímetro posible del derecho punitivo¹¹. Es suficiente que el ordenamiento modifique o derogue su proclamación, o bien que cambien las normas que permiten su reconocimiento, para que su puesto sea ocupado por otros principios, que incluso pueden ser antagonistas con respecto a los originales (GUZMÁN DALBORA, 2015, 138).

Tampoco debe desconocerse que los principios penales, antes que refinadas reglas científicas pre-políticas, tienen un alto contenido político y que, salvo aquellos que tienen expresa consagración en instrumentos internacionales –y que, por ello, tendrían casi asegurada la entrada en la nueva carta– los restantes serán, en mayor o menor medida, fruto de la discusión que se dé en el seno de la Constituyente (MAÑALICH RAFFO, 2018, 59-71).

11 En el lenguaje propuesto por Ferrajoli, los principios penalísticos de materialidad, ofensividad y culpabilidad, son indicados como condiciones de legitimidad necesarias (Ferrajoli, 2007, 36-37). En la literatura española la nomenclatura que se utiliza con mayor frecuencia divide los principios que limitan al *ius puniendi* entre “formales” y “materiales” (así por ejemplo COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN, 1999, 59-64), sin embargo, esta bipartición se coloca todavía en el terreno de lo que es necesario, pero no suficiente y de lo que es condicionado por la historia y, por lo tanto, no es absoluto.

En fin, los principios no se legitiman por sí solos, sino que necesitan de encontrar externamente este sustento y una Constitución bien puede servir a este objetivo que es, al mismo tiempo de reconocimiento, legitimación/protección y jerarquización.

De los dos primeros ya dijimos, mientras falta abordar el tercero. A nuestro juicio, la jerarquización de los principios en el ámbito del nuevo proceso constitucional es el aspecto que, a pesar de las escasas expectativas que se le coloquen encima, tiene las mejores posibilidades de dar beneficio al ejercicio de la jurisdicción penal en Chile.

En efecto, entre los varios y evidentes defectos que tiene el texto aprobado por la Junta Militar en 1980, hay uno que resalta y, a pesar de la fecha de promulgación de aquel acto, desde un punto de vista histórico lo designa como antiguo. Se trata de su valor todavía muy político y programático, como si en la Constitución la Junta Militar buscara un canal de comunicación de sus ideologías y sus principios¹². Se trata, en fin, de una visión de lo que es o de lo que puede ser una Constitución más propia de los textos del siglo XIX o en todo caso anteriores a la segunda Guerra Mundial.

1155

Es por esta razón que en Chile aun cuesta completar el paso que separa el Derecho político del Derecho constitucional (ROLLA, 2010, 581) pues su objeto de estudio, la *Constitución*, debe asumir la forma de un vínculo jurídico sancionable con respecto a todos los poderes públicos¹³, agrupando normas de rango superior con aplicación inmediata y directa y ofreciendo al interprete parámetros para evaluar la legitimidad de los actos y de los comportamientos realizados por todos los poderes constituidos (BIDART CAMPOS, 1980, 93 y ss.).

12 GROS ESPIELL, 2002, 149: indicaba los documentos constitucionales del primer constitucionalismo: «un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban». Queda claro como el cambio impuesto por la constitución pinochetista no fuera de sello progresista.

13 Sobre el valor normativo de la Constitución los trabajos fundamentales siguen siendo, en ámbito italiano: CRISAFULLI, V., 1954; en España: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1985.

Ya es tiempo de dejar aparte una idea de Constitución como garantía política, para pasar a una de justicia constitucional (ROLLA, 2010, 581).

Para los penalistas, el ejemplo más claro que podemos dar al respecto es el artículo 9 del texto promulgado por la Junta Militar que da una colocación del todo insólita, para las Constituciones vigentes, a las conductas terroristas, disciplinando con detalle las características de la ley dedicada al problema. Francesco Carrara ponía en duda, a fines del siglo XIX¹⁴, incluso la oportunidad de introducir el delito político en los códigos penales en donde, sin embargo, actualmente los países democráticos suelen disciplinar la sanción del terrorismo. Llevar el delito político a la gloria de la Constitución de hecho confirma que ésta pretende ocuparse más de política que de derechos fundamentales¹⁵.

1156

En fin, las Constituciones contemporáneas jerarquizan no solo valores, sino también principios que tienen reflejo en la construcción del ordenamiento penal. En un texto nuevo que aspire a ser *Charta Magna* y no un manifiesto político, el desafío para los constituyentes será elegir entre las muchas cosas que pidan paso para verse incluidas.

Es improbable que entre las propuestas avanzadas se encuentre contemplada la inclusión de principios relevantes, pero de importancia menor como por ejemplo, el *favor rei* o el *ne bis in idem*, así como es difícil imaginar que el debate lleve a impulsar la constitucionalización de los que Ferrajoli define como *principia iuris tantum* (como el de unidad, coherencia y de lo completo)¹⁶ (FERRAJOLI, 2007, 36).

14 «*A quale pro sudare se la tela giuridica sarà rotta dalla spada o dal cannone?*» (¿Por qué trabajar en la definición del tipo penal si la obra jurídica quedará destrizada por la espada o el cañón?) se preguntaba Francesco Carrara en la conclusión de su *Programma*, 1889, vol. VII, 667, § 3927.

15 Sobre este punto, cfr. VILLEGAS, M., 2016, 295-319 que agrega a este problema que la consagración constitucional del delito de terrorismo redundaría en una afectación seria de Derechos humanos.

16 Estos tres principios que el Autor Ferrajoli considera principios normativos externos al derecho, fueron configurados de modo diferente por Norberto Bobbio que los veía al mismo tiempo como tres problemas y tres objetivos de la ciencia jurídica: BOBBIO, N., 1960, 173-273.

Mucho más probable es que se lleve a debate la inclusión de los derechos de la víctima de un delito elevando su posición al mismo grado de garantía de los del acusado, del imputado y del condenado. Confiamos que la composición de la Convención constitucional y su lejanía de la pugna política facilite que estas funestas ideas sean descartadas.

Dar espacio en la Constitución a la víctima sería novedoso, pero dudamos que facilitaría una mejora efectiva de su posición en el ámbito procesal y en lo relativo a las políticas públicas de apoyo. Al contrario, el temor es que el reconocimiento se convierta en una objetivización de la víctima a fines políticos (lo que insistimos debe mantenerse fuera de la Ley Fundamental) transformando el delito en una lucha entre dos partes iguales en donde el papel del Estado es observar sin más responsabilidades—en términos de prevención y soporte efectivo—que no sean precisamente desconocer derechos a una parte para entregarlos a la otra¹⁷.

De derecho penal, en una Constitución, hay que escribir poco, pero hay que escribir “bien”, formalizando una línea de humanidad y legalidad que es parte de la mejor tradición jurídica occidental. Si es que hay que constitucionalizar castigos habrá que mirar allá en donde en el último medio siglo han faltado en forma sistemática, o sea en situaciones de abuso de la fuerza por parte de las autoridades públicas.

1157

3. El principio de legalidad y sus corolarios

El principio de legalidad y el principio de culpabilidad son los pilares de toda construcción liberal del derecho penal y en el proyecto de nueva Constitución tienen que obtener una colocación correspondiente. Al respecto, creemos que no habrá discusión alguna.

Sin embargo, mirando al primero de ellos, el texto constitucional no se limitará a reproducir la fórmula latina de *nullum crimen et nulla poena sine lege*, pues le corresponderá ofrecer una formulación más amplia y allí sí, el abanico de las posibilidades se irá desplegando.

¹⁷ En buenos términos se trata de las mismas preocupaciones expresadas, con más detalles y argumentos, por: FERNÁNDEZ CRUZ, J.A., 2020, 375-376.

3.1. En términos de derecho comparado, en efecto, las posibilidades de desarrollo de los corolarios del principio de legalidad son bastante amplias, empezando desde el principio de reserva de ley

Al respecto, siendo el ordenamiento chileno parte de la familia de *civil law*, no ponemos en duda que el término *lege* de la fórmula latina se tomará el aspecto de ley en sentido formal.

Sin embargo, debido a su mayor capacidad de garantizar un recurso al derecho penal por parte del legislador que sea realmente meditado y no impulsivo –o sea motivado por una alarma social pasajero–, habrá que prestar consideración a la experiencia de las Leyes Orgánicas que en España, según la Constitución de 1978 (art. 81), son las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y requieren el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto aprobado¹⁸.

1158

La opción tomada por los constituyentes españoles se dirigió precisamente a excluir las posibilidades que el Poder Ejecutivo, como expresión de la sola mayoría, asumiera iniciativas en el ámbito penal incluso en forma de decretos que toman vigencia a partir de su publicación en el diario oficial del Estado y antes de la tramitación parlamentaria, como ocurre, por ejemplo, en Italia con los decretos-leyes.

La opinión que compartimos con la mejor doctrina italiana¹⁹ es que no es posible imaginar, en una sociedad que no esté dispuesta a

18 Desde el primer momento la doctrina española sostuvo que la materia penal entrara sin duda alguna en dicho ámbito y por lo tanto sólo una ley orgánica pudiera utilizarse para introducir, modificar o abrogar una ley penal. En 1986 el Tribunal Constitucional, dio razón a dicha postura, aunque no incluyendo expresamente en el espacio reservado a las leyes orgánicas las normas penales que establezcan penas distintas de las de privación de libertad, como las pecuniarias o las de otra tipología. Véase: MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M., 2010, 103-105 y COBO, M., & VIVES ANTÓN, T.S., 1999, 75 y ss.

19 Que es muy crítica con esta posibilidad, aunque en Italia se utilice en la práctica con alta frecuencia por medio de decretos-leyes y decretos legislativos. Véase: DOLCINI, E., 1999, 12 y ss.; FIANDACA, G., & MUSCO, E., 2019, 57; PULITANÒ, D., 2019, 84.

cuestionar su democracia, situaciones de necesidad y urgencia que realmente impongan la introducción de normas penales de un día para otro sin un verdadero debate público.

Con respecto de la reserva de ley, Italia no es el único país que ofrece espacio de intervención al Poder Ejecutivo, pues el art. 34 de la Constitución francesa establece que la ley se ocupará de disciplinar crímenes y delitos mientras que las contravenciones, según una larga tradición, corresponderá a reglamentos de fuente gubernamental²⁰.

Sin embargo, es justamente la experiencia española la que debería ser tomada como ejemplo, sobre todo en un contexto como el chileno. De hecho, si la Convención constitucional redactará un proyecto –siguiendo el modelo tradicional americano– de forma de gobierno presidencial, reforzar la competencia parlamentaria en materia de derecho penal ofrecería al sistema un elemento de equilibrio entre poderes de gran envergadura.

Otro elemento positivo es la publicidad especial que tomarían los proyectos de leyes que involucran reformas penales. Al reformar el código penal ya no serían, de forma puntual, unas cuantas leyes cada pocos meses o pocas semanas, sino una o al máximo dos leyes por año que necesariamente involucrarían más puntos y serían conocidas y discutidas antes y después de su aprobación por toda la comunidad de experto/as y práctico/as del derecho penal. Miramos con favor a la introducción de un sistema similar al español porque es lo que mejor garantiza las libertades fundamentales de la ciudadanía, ofreciendo amplia publicidad a los proyectos de reformas penales, mejorando al mismo tiempo el nivel de eficiencia del sistema penal en su conjunto.

En fin, aunque la nueva Constitución impulse elementos que permitan superar el fuerte centralismo que caracteriza la gestión del Estado

20 Para ser más precisos es en todo caso una ley, también en Francia, la que establece de forma general cuales pueden ser las penas para los autores de contravenciones. Entre éstas no cabe la privación de libertad, pudiendo consistir tan solo en penas pecuniarias o interdictivas (cfr. art. 111-2 y 113-12 del *Code pénal*); Véase: STEFANI, G., LEVASSEUR, G., & BOULOC, B., 1995, 125-133; SALVAGE, P., 1994, 21-23.

chileno incluso después de las reformas de las últimas décadas, dudamos que el proyecto que redactará la Convención propondrá para Chile una estructura federal. No sirve gastar palabras, entonces, acerca de las posibles potestades en materia penal de nuevos hipotéticos parlamentos regionales, sino para recordar lo siguiente. Incluso en estados con estructura federal, como Alemania, los *Länder* tienen potestad normativa solo si y en la medida en que la Federación no haya ejercido su derecho a legislar²¹.

Sin ir tan lejos, incluso en la cercana Argentina, la competencia penal no es ejercida sólo por las autoridades centrales, pues el Código de la Nación recoge crímenes y delitos, mientras las faltas son disciplinadas a nivel local.

3.1.1. Merece profundización aparte, aunque en estricta conexión con la temática de la reserva de ley, todo lo relativo a la manera en que la nueva Constitución se ocupará del pluralismo jurídico tras reconocer, como hará con toda probabilidad, alguna forma de multiculturalismo como característica de la sociedad chilena

1160

Hasta el momento, en efecto, la presencia indígena en el territorio chileno ha sido considerada por el ordenamiento como un problema de orden y seguridad pública, con una postura que iba incluso más allá del asimilacionismo. Sin embargo, en la medida en que realmente la nueva Constitución reconozca igualdad de derechos a todo/as lo/as chileno/as,

21 Para dar unos detalles más, el sector de competencia privilegiada para el derecho penal de los *Länder* es el tributario, pues las autoridades locales pueden declarar aplicables o no, con respecto a las tasas que ellas impongan, las normas penales del ordenamiento tributario federal. En segundo lugar, mirando al patrimonio agrario y forestal, los *Länder* pueden declarar la no punibilidad, la improcedibilidad o la reducción a ilícito administrativo de casos de menor envergadura de hurto, receptación o falsificación de documentos. Otra competencia penal local depende, en Alemania, de la materia: allá en donde son autorizados a legislar en un sector (*v.gr.* edilicia o prensa) los *Länder* pueden introducir normas penales si no las hay a nivel federal o bien si éstas últimas no disciplinan el punto de forma completa. En fin, corresponde indicar que en el ejercicio de dicha competencia los *Länder* no pueden superar los dos años de pena de privación de libertad, ni penas pecuniarias superiores al máximo establecido por el StGB. Se admite, en todo caso, el decomiso. Los artículos de la Grundgesetz alemana involucrados son los números 36, 72 y 74; DREIER H., 2015; ESER A., 1997, 15-18, FORNASARI, G., 1993, 39-43.

el hecho que unas personas tengan culturas y tradiciones distintas, con respecto a una mayoría detentora de poder político y económico, no puede, automáticamente, llevar a consecuencias negativas para ellas.

Si entonces la presencia indígena, al norte como al sur del país y en los territorios insulares, no puede ser ni más ni menos que un hecho que a la Constitución corresponderá reconocer, las formas que se pueden dar a este reconocimiento, sin embargo, son varias, como ha ocurrido en varios países andinos que en las últimas décadas se hicieron cargo de la cuestión²².

Desde el punto de vista del penalista, el problema que se pone es cómo garantizar respuestas ordinamentales coherentes frente al desafío de la coexistencia de varios sistemas normativos²³. Tampoco se trata de una dificultad inabarcable, pues al día de hoy las experiencias a nivel mundial son varias y ni siquiera limitadas al modelo latinoamericano de las jurisdicciones indígenas²⁴.

En todo caso, la nueva Constitución, para lograr el objetivo de ser *Charta magna* para todo/as, deberá condicionar la autodeterminación y la autonomía en la aplicación de una pluralidad de sistemas normativos al respeto de los principios generales que ella misma instalará como puntos de referencias del ordenamiento.

La experiencia mexicana (MALDONADO SMITH, 2020) (consagrada ahora en su largo art. 2 reformado y ampliado en varias ocasiones en especial en 2011), y más aún la colombiana, pueden tomarse como inspiración. En dichos ordenamientos, el baricentro del equilibrio se ha colocado en un restringido “núcleo duro” de derechos humanos que

22 Véase: YRIGOYEN FAJARDO, R., 2000, 129-140; FERRÉ OLIVÉ, J.C., 2008, 33-42; KALINSKY, B., 2000, (con especial enfoque al caso argentino).

23 Para todos: BERNARDI, A., 2010.

24 En unos países de common law, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, se ha impuesto el modelo de los sentencing circles; Basile, F., 2010, 49 y ss. Sobre los tres sistemas para abordar cuestiones de multiculturalismo, en especial con etnias colonizadas, cfr. Millaleo, S., 2016, 15-105 (véase especialmente: p. 19). En general, sobre las formas en que Latinoamérica ha enfrentado el problema, cfr. VILLEGAS, M., 2012, 177-205.

ningún sistema normativo puede negar apelándose a distintas culturas o tradiciones. La jurisprudencia constitucional colombiana²⁵ ha establecido la necesidad que siempre sean respetados: 1) el derecho a la vida; 2) la prohibición de la esclavitud; 3) la prohibición de la tortura; 4) la legalidad procesal.

Con respecto a esta última característica, corresponde al reconocimiento que también los sistemas normativos indígenas observan unos procedimientos a seguir para tomar decisiones en los casos de violaciones de las reglas de la comunidad (MALDONADO SMITH, 2020, par. 3). La compatibilidad con el sistema estatal se logra gracias al respeto de los principios constitucionales y —lo que es sumamente relevante— dicha conformidad a Constitución se da por presupuesta en correspondencia con el principio constitucional de la diversidad cultural (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA NACIONAL, 2014, 16). Si subsiste alguna duda, para activar el mecanismo de apelación a las autoridades del estado, quien recurre tiene que hacerse cargo de probar que hay un conflicto de jurisdicciones, o bien que los procedimientos tradicionales de la comunidad no se aplicaron correctamente, o bien que los principios constitucionales fundamentales no han sido respetados. En ningún caso el juez estatal evaluará de nuevo el mérito del asunto.

1162

En fin, sin perder de vista la referencia al problema de la reserva de ley, hay que considerar que las poblaciones indígenas no tienen un parlamento propio que se haga cargo exclusivamente de elaborar las leyes, que tampoco tienen forma escrita, faltando por lo tanto claridad y taxatividad. Las normas orales se transmiten de generación en generación

25 Véase: C.C. Col., Sent. T-523/97, 15 de octubre de 1997. En el caso de México, la tradición oral de las comunidades indígenas impide conocer muchos casos porque no se redactan fallos escritos. Además, las decisiones relativas a los conflictos de competencias entre tribunales estatales e indígenas y aún más las apelaciones en contra de las decisiones de estos últimos son posibilidades que hasta hace pocos años no existían. En Colombia, en cambio, la experiencia es más larga, pues los sistemas normativos indígenas se reconocen desde 1991 y desde entonces la Corte constitucional ha tenido la oportunidad de emitir varios fallos relevantes: C.C. Col., Sent. T-346/96, 8 de agosto de 1996 (caso del trabajo forzado); C.C. Col., Sent. T-254/94, 30 de mayo de 1994 (caso del exilio); C.C. Col., Sent. T-523/97, citada al comienzo de la nota (caso de los látigos).

sufriendo a lo largo del tiempo variaciones y adaptaciones a las nuevas exigencias de la realidad. A esto hay que añadir que los sistemas indígenas funcionan gracias a mecanismos de participación directa, con mecanismos assembleares (BORJA JIMÉNEZ, 2009, 14).

Desde el punto de vista indígena, el principio de legalidad puede sublimarse en la previsibilidad del juicio con respecto de un determinado comportamiento. En efecto, el conocimiento de la norma por parte de los miembros de la comunidad se justifica con el hecho que se trata de grupos humanos relativamente pequeños, en cuyo interior hay un nivel muy elevado de interacción social y el uso de la escritura se hace menos indispensable (BELTRÁN GUTIÉRREZ, 2006, 808 y ss).

No hay comparatista que en esto no reconozca en una legalidad sellada por la previsibilidad unos rasgos del antiguo *common law* (CADOPPI, 2004 y SACCO, 2007, 75-88). Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace pocos años, en un caso de extrema relevancia que ninguna relación tenía con pueblos indígenas, puso la previsibilidad al centro de su interpretación de la legalidad²⁶.

1163

3.2. Pasando a otros corolarios del principio de legalidad, se hace referencia ahora a un abanico de elementos que, relacionados todos de forma más o menos directa a las protecciones en contra de los arbitrios del Poder Judicial, en doctrina se indican como taxatividad y prohibición de analogía²⁷

Cuando se habla de taxatividad se hace referencia a la necesidad que el legislador formule las normas penales de la forma más claras posible de modo que el juez no tenga que asumir un papel creativo. El principio de determinación expresa, a su vez, la exigencia de que las normas

26 TEDH, IV Sec., de 14 abril de 2015, Rec. 66655/13, Contrada c. Italia, con condena de Italia por violación del art. 7 del CEDH. Por todos: FORNASARI, G., 2017, 447-461. Con una postura parcialmente distinta: DONINI, M., 2016, 346-372.

27 Mientras que, con respecto a la prohibición de analogía las denominaciones ofrecidas por la doctrina son uniformes, no vale lo mismo con respecto a las demás dos, pues a veces se habla también de precisión.

penales describan hechos que sean susceptibles de ser probados y averiguados en el proceso.

La importancia de estos aspectos, que pueden parecer sumamente teóricos, ha determinado la historia político-judicial reciente de Chile y por lo tanto merece suma atención. Justamente porque el derecho penal se hace literalmente vivo tan sólo en el proceso, cuando un hecho se pueda probar, muchos de los juicios llevados a cabo en contra de los responsables de los crímenes de la dictadura militar no tuvieron como imputación el homicidio. Por la triste circunstancia que los restos mortales de los desaparecidos no se podían encontrar no había como demostrar judicialmente su muerte y dar inicio a la acción judicial apoyándose en el tipo penal de secuestro fue una opción obligada²⁸.

1164

Taxatividad y determinación son principios conectados de forma muy estricta que, a pesar de su reconocimiento generalizado, no suelen encontrar en textos constitucionales una formulación explícita, lo que ha imposibilitado hasta el momento que desarrollaran por completo sus posibilidades (PALAZZO, 2018, 124 y ss).

Ambos principios son freno hacia una progresiva *desregulation* normativa en donde el imperativo penal se reduce a la dimensión del anuncio simbólico y pierde su dimensión normativa (BONINI, 2018, 102 y ss., especialmente 109-115).

En todo caso, más allá de los ejemplos más perversos de mala legislación, desde siempre el derecho penal pelea con técnicas legislativas, por un lado necesarias, por el otro, dañinas como la legislación en blanco²⁹.

28 De los escritos sobre el argumento publicados por J.L. Guzmán Dalbora, indicamos en particular el que se publicó en: GUZMÁN DALBORA, J.L., 2009, 55-73. El secuestro ha sido utilizado profusamente por la doble triste circunstancia tanto de carecer, antes como hoy, de un tipo penal de desaparición forzada, cuanto que respecto de muchos casos ni siquiera se conoce el paradero de los restos mortales de los ejecutados políticos del régimen militar. Así también se resolvió el difícil problema de la prescripción de estos delitos.

29 En el panorama comparado, a pesar de la importancia del principio de determinación, abundan los ejemplos de la dificultad que caracteriza su efectiva implementación. En el derecho alemán, por ejemplo, son conocidos y debatidos los *besonders schwere Fälle* y los

En fin, la explicitación en el texto de la futura Constitución de los principios de taxatividad y determinación sería sumamente útil y llamativa, sobre todo en virtud de la antigüedad del código penal, a la que se hizo referencia anteriormente, que determina como natural consecuencia que el papel del intérprete se haga cada vez más grande para poner al día normas y conceptos elaborados en otra época.

3.3. Aunque esté expresamente conectada con los principios anteriores, la prohibición de analogía se suele indicar y explicar como concepto aparte, justamente en virtud de la especial disciplina que recibe en Derecho penal dicha técnica de interpretación

Sin embargo, es tan importante su papel para limitar el poder punitivo estatal que la formulación del principio de legalidad deberá guardar la debida atención para incluir su referencia.

Ojalá se tome también postura respecto del problema de la admisión de la analogía *in bonam partem*, es decir la relativa a las normas cuya aplicación analógica pueda resultar favorable al imputado, como las causas de justificación, las exculpantes, las causas de no punibilidad y las causas de extinción del delito y de la pena (PALAZZO, 2018, 140-142).

1165

La analogía es una especie de irresistible tentación incluso en los países que se toman con más seriedad los impulsos a la total democratización del ordenamiento. Es el caso de Dinamarca, cuyo primer artículo del código penal afirma que: puede imponerse pena para un hecho cuya punibilidad es determinada por la ley o bien se puede paragonar plenamente a éste. A las posturas críticas de los que consideran dicha disposición incompatible con el Estado de Derecho y con el TEDH, se contesta subrayando la ventaja ofrecida por la posibilidad de evitar lagunas de

Regelbeispiele, siendo los primeros los casos particularmente graves de comisión de unos delitos en donde el legislador no conecta el aumento de la pena para un delito (por ejemplo, la estafa) con modalidad de comportamiento descritas con detalle. Los segundos, los *Regelbeispiele*, son listas que el legislador pone en el cierre de unos artículos (entre ellos el hurto) como ejemplos de aplicación de la regla indicada, sirviendo como mera indicación y pudiendo el juez, por lo tanto, prescindir de dicha lista aplicando el aumento de pena a un caso distinto. Véase: FORNASARI, G. & MENGHINI, A., 2012, 15-16.

punibilidad, así como la escasa frecuencia de su utilización jurisprudencial. Aunque esto resulte acertado, no es menor la consideración que en consecuencia el principio resulta violado³⁰.

1166

3.4 El último corolario del principio de legalidad que se suele citar es el principio de irretroactividad de la ley penal, que de hecho impide que una ley que produce efectos desfavorables para un imputado o un reo pueda aplicarse incluso a casos ocurridos anteriormente respecto de su entrada en vigor. A diferencia de los anteriormente citados, este principio sí suele indicarse de forma clara y explícita en las normas de máximo rango de todo ordenamiento, pues su ausencia determinaría la aplicación en el sector penal de la regla contraria de la retroactividad, que es común en los demás sectores. Incluso en lo penal, no son pocos los ordenamientos, como el italiano, que excluyen de la regla de la irretroactividad las medidas de seguridad. Estas últimas, por lo tanto, según lo que se dispone en la Constitución (art. 25 III) y en el Código Penal (art. 200), pueden aplicarse según lo que disponga la ley vigente al tiempo de su ejecución

Dicho principio no hará falta, entonces, en la nueva Constitución, en la que, en general, tocará tomar postura respecto de todo el problema del transcurrir del tiempo con respecto a las conductas delictivas. Muchos de los interrogantes al respecto se presentarán un poco más adelante en el párrafo 2.5.

4. El principio de ofensividad

Ahora bien, entre los dos pilares penales de la legalidad y de la culpabilidad, en el debate de las últimas décadas está ganando un espacio

³⁰ Como recuerda Fornasari en su comentario a la norma: el estado de derecho se caracteriza justamente por su capacidad de renunciar en unas ocasiones, en nombre de las garantías del individuo, a perseguir sus objetivos de persecución a toda costa (Fornasari, G., 2012, 18).

cada vez más autónomo el principio de ofensividad³¹. El sello ilustrado que caracteriza los sistemas jurídicos occidentales pone el hecho delictivo al centro de la reacción penal en todo caso, incluso en los sistemas, como el alemán, que se caracterizan por una colocación del baricentro hacia el desvalor de acción, más que aquel de resultado. Sin embargo, es tan solo en la segunda parte del siglo XX que la ofensividad se ha ido independizando por completo del principio de legalidad, en cuyo seno se ha formado a pesar de consistir, hoy, en su contra-limite.

Entendemos por principio de ofensividad la regla que establece que un delito no puede consistir tan solo en un acto de infidelidad en contra de la autoridad del estado o bien basarse en la peligrosidad subjetiva del autor. Al contrario, el delito tiene que consistir en un hecho socialmente dañino es decir en un hecho objetivamente lesivo –sea como daño sea como peligro– de bienes o intereses relevantes y por lo tanto merecedores y necesitados de tutela (FIANDACA & MUSCO, 2019, 164 y ss).

Por mucho que dicha afirmación constituya enseñanza básica en cualquier curso de derecho penal, al principio de ofensividad no le ha resultado suficiente para que, hasta hace pocas décadas, su papel no resultara marginal con respecto a los “hermanos mayores” de legalidad y culpabilidad. Como especificaba el subtítulo de la obra de Manes antes citada, su espacio de acción se limitaba a canon de política criminal, criterio hermenéutico, parámetro de razonabilidad. Sin que estos aspectos se consideren detalle, queda claro como la ofensividad aun no alcanzaba a ser criterio de juicio para una corte o un tribunal constitucional.

1167

31 En la doctrina italiana es obra de referencia: MANES, V., 2005. Lejos de determinar el punto final de un debate, la obra de Manes ha sido en realidad punto de partida para una discusión que ha tomado varias ramas y ha ido más allá de las fronteras italianas. Para darse cuenta de la largueza del camino realizado, véase: RECCHIA, N., 2020. En Chile, se reconoce que el Derecho penal tiene por función la protección de bienes jurídicos y que, si bien la Constitución no ha contemplado el principio de ofensividad expresamente, este puede deducirse de algunos de sus pasajes: cfr. OSSANDÓN WIDOW, M., 2009, 23; RETTIG ESPINOZA, M., 2009, 185-203 (véase especialmente p. 187). Para un examen en clave comparativa entre Italia y Chile: CABEZAS, C., 2013, 85-120.

El transcurrir del tiempo, sin embargo, ha determinado que dichos tribunales tomaran cada vez más valor y más conciencia de su propio poder, sintiendo cada vez menos temor a ocuparse de temas que, sin duda, tienen una dimensión política que integra y detalla las cuestiones jurídicas, aunque los parlamentos pudieran considerar estas decisiones como una injerencia en el espacio de sus propias atribuciones.

Según lo que se informó en el primer párrafo, hay referencia expresa al principio de ofensividad en varios códigos penales de Europa centro-oriental reformados tras la caída del muro de Berlín (Polonia 1998 arts. 1 y 115, Eslovenia 1995 art. 14, Croacia 1997 art. 1 etc.) (FORNASARI & MENGHINI, 2012, 18) y, tras larga vigencia en la legislación penal dedicada a los menores de edad, en Italia con el art. 131 *bis* c.p. desde hace un lustro.

En la experiencia comparada, sin embargo, se ha demostrado el papel cada vez más relevante que ha asumido la jurisprudencia constitucional italiana que ha sido capaz, en varias ocasiones, en la última década, de utilizar la ofensividad como criterio de juicio³², sobre todo en su vertiente de proporcionalidad³³, entre la sanción y la entidad de la lesión del bien jurídico.

32 Se copian las palabras de la sentencia de la *Corte Costituzionale* (n. 249 de 8 de julio de 2010) que ha derogado del código penal la agravante general (introducida un año antes) que castigaba con una pena superior en un tercio cualquier delito cuyo autor fuera un inmigrante irregular: «*Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore*».

33 En la sentencia n. 236 de 10 de noviembre de 2016 la Corte en aplicación de dicho principio ha llegado a considerar no constitucional una pena de cárcel según lo que iba establecido en el código, proponiendo otro mínimo y máximo de privación de libertad. «*Il principio di proporzionalità —afirmaron los jueces— esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale*».

En Chile, una explicitación en la Constitución también del principio de ofensividad y proporcionalidad, a nuestro juicio, sería fuertemente recomendada y puede desinflar los temores de aquella doctrina —ya citada arriba³⁴— que no sin razones ha manifestado el temor que el clima de populismo punitivista contamine también la Convención constituyente que, tras reconocer muchos derechos hasta ahora negados, se deje convencer a un retroceso en ámbito de derecho penal (FERNÁNDEZ CRUZ, 2020, 371 y 380).

5. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad ha sido el indudable protagonista del debate penal-constitucional en la segunda parte del siglo XX en los países de *civil law* que guardan especial atención a los ordenamientos alemán, italiano y español.

Será sumamente útil para la Constitución chilena hacer tesoro de un trabajo tan insistido y refinado.

1169

Cuando han transcurrido ya dos décadas del siglo XXI ya no basta con proponer una perífrasis de la fórmula italiana por la que se afirma (art. 27 c. 1 Cost.) que la responsabilidad penal es personal, dándole una interpretación liberal dirigida simplemente a la exclusión de la responsabilidad penal por un hecho cometido por otro.

Habrà que hacer más, pues la culpabilidad significa hoy contestar a un sujeto lo que razonablemente éste podía reconocer como prohibido penalmente y más aun aprovechar de la circunstancia para circunscribir por fin el ámbito de lo penal a dolo y culpa³⁵.

Ya es tiempo que toda especie y subespecie de responsabilidad objetiva deje de determinar castigos penales.

³⁴ Nos referimos al trabajo de FERNÁNDEZ CRUZ, J.A., 2020.

³⁵ En la manualística italiana las voces más límpidas y taladrantes, sobre estas temáticas, nos parecen las de: PULITANÒ, D., 2019, 251 y ss; PALAZZO, P., 2018, 23-29.

Ahora bien, habrá quien conteste que esta tarea debiese corresponder al legislador ordinario, ojalá en un momento de revisión global del código. Aunque esto pueda ser acertado, cuándo y cómo esto ocurriría es sumamente incierto. Por mientras deberíamos seguir aceptando sentencias emitidas con sello estatal que, en lugar de expresar razonamiento, legitiman penas debidas a ciega vindicta.

Al contrario, una buena redacción del principio de culpabilidad en la constitución no simplemente determina una conquista de civilización, motivo de orgullo académico, pero estéril. Esta explicitación facilitará el camino del Tribunal Constitucional permitiendo en pocos pasos recuperar el largo camino que otras cortes a lo largo del mundo emplearon décadas a cubrir y en muchos casos quedan muy lejos de terminar.

1170

En la primera parte de este escrito indicamos claramente que no es suficiente que un principio se imparta en unas o en muchas clases universitarias para protegerlo de las tormentas de la política y de la historia. Esto es aun más verdadero para el principio de culpabilidad, del que la Convención constituyente no encontrará fácilmente buenos ejemplos en constituciones extranjeras, justamente en razón de la época histórica en que fueron elaboradas y del debate dogmático sobre el tema³⁶.

Realmente el principio de culpabilidad, para determinar desde ya un cambio positivo en el ordenamiento chileno, necesita de una consolidación constitucional.

6. Las penas y las medidas de seguridad

En la experiencia comparada, la referencia a los límites máximos en el ejercicio del *jus puniendi* es frecuente en las constituciones. Incluso en los casos en que las *Chartae magnae* dicen poco, no suelen pasar por alto una referencia al punto que no puede superar al Estado cuando imparte un castigo a un ciudadano.

36 Entre las constituciones europeas recientes, la española no hace referencia expresa a la culpabilidad, mientras que la portuguesa (art. 30 c. 3) repite con una perífrasis la formulación italiana: «A responsabilidade penal é insuscetível de transmissão».

Más allá de la formula que prohíbe tratamientos inhumanos y degradantes —tan necesarias como poco útiles al guiar la mano de un legislador o débiles para sostener un juicio frente a un Tribunal Constitucional— el punto de partida es la pena de muerte o, mejor dicho, el rechazo explícito de dicho instrumento.

Por mucho que hayan transcurrido en Chile veinte años de su derogación en el ámbito civil, sigue vigente en el ordenamiento militar, y el texto de 1980 la permite de forma expresa, haciendo referencia a un quórum calificado para su aprobación parlamentaria³⁷.

Es evidente, por lo tanto, que un silencio sobre el punto no será posible, también porque esto significaría, ni más ni menos, que su aceptación en el espacio ordinamental al igual que una pena cualquiera, justamente porque las citadas formulas acerca de los tratamientos inhumanos son vigentes también en donde la pena de muerte es regulada.

A la Convención constituyente corresponderá, por lo tanto, asumir una toma de postura con respecto a los valores de la comunidad chilena, que esperamos sea lo más seca y directa posible. Si se pretende poner a la persona humana al centro del sistema y el Estado, con sus articulaciones a su servicio, si la vida es de verdad el valor supremo, entonces, no hay otra posibilidad que escribir que las autoridades del Estado jamás darán muerte a un ciudadano como pena para un delito.

Insistimos: no hay alternativa, pues cualquier opción que deje al legislador ordinario la posibilidad futura de intervenir en argumento regulando la materia, dará en algún momento cercano o lejano la posibilidad concreta de poner atrás las agujas del reloj de la historia y ni siquiera un

³⁷ La bibliografía relativa al tema de la abolición de la condena capital es francamente inabarcable. En lugar de hacer referencia a un volumen de un solo autor elegimos entonces referirnos al trabajo de la red internacional “*Academics for the abolition of capital punishment*” que hace una década elaboró un documental multi-idíomas que obtuvo amplia difusión y fácilmente disponible en la red Internet: “*Still Killing*”, 2011.

parlamento –nos atrevemos a decir– tiene legitimación para esto: ésta es tarea de una Asamblea Constituyente³⁸.

Si de verdad quiere aspirar a construir un país distinto, ojalá la Convención proponga, discuta y apruebe la abolición de toda pena perpetua, incluyendo así la cadena perpetua.

Esta opción no es propia tan sólo de Noruega –y de forma implícita de otros países de Escandinavia– sino también de Portugal y de tres países que nacieron de un conflicto fratricida terrible y sangriento: Croacia, Bosnia Herzegovina y Serbia. Por lo significativo que es, justamente desde el punto de vista de los valores, hay que recordar que en 2013 también el Estado del Vaticano derogó dicho castigo y oficialmente desde entonces promueve su abolición en todo el mundo por ser una sentencia de muerte escondida. Su triste reintroducción en España en 2015, tras la derogación en 1928 que ni siquiera el dictador Franco había modificado, hasta el momento no ha logrado ningún efecto de contención del crimen.

1172

Más allá de las opciones relativas a este último castigo, invitamos con coraje a los constituyentes a mirar como ejemplo a la *Charta* portuguesa, sobre todo a sus artículos 29 y 30 que con mucho detalle se ocupan de los principios a los que tiene que uniformarse la legislación penal.

Así, con una formulación que utilizará también pocos años más tarde la Constitución española, el texto lusitano establece que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

38 Con la ocasión de la última condena a muerte pronunciada hasta el momento en Chile, en 1997, el presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle dio una breve rueda de prensa en que, comunicando su decisión de indultar al condenado convirtiendo su pena en cadena perpetua, afirmó que: «*No puedo creer que para defender la vida y castigar al que mata, el Estado deba a su vez matar. La pena de muerte es tan inhumana como el crimen que la motiva. Sólo Dios da la vida, sólo Dios puede quitarla*». Más allá de la referencia a creencias y dictámenes religiosos, destaca la dimensión del discurso que implica decisiones relativas a los valores de fondo de la existencia humana.

En el apartado anterior, el IV, indico además un principio ulterior e importantísimo: «*Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos*».

Si hoy en Chile, tratar de poner la ejecución de las penas privativas de libertad a un nivel mínimo de calidad es tarea extremadamente difícil, que cualquier gobierno tardaría años en realizar si es que además de voluntad invirtiera recursos financieros y humanos³⁹, restituir los derechos civiles y políticos a los detenidos no costaría ni tanto tiempo ni tanto dinero. Símilmente a lo que acabamos de decir respecto de la pena de muerte, si la nueva Constitución pretenderá reducir las desigualdades sociales que dividen los chilenos y las chilenas –aunque formalmente iguales ante la ley– en muchas categorías y subcategorías, no puede olvidar de intervenir en este punto, porque la comisión de un delito no puede convertir un/a ciudadano/a en “algo menos” de lo que es.

Finalmente, la Constitución española, en el ap. 2 de su art. 25, afirma que: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Casi las mismas palabras ocupó, 30 años antes, la Asamblea Constituyente italiana. No podemos estar seguros que una toma de postura con respecto a la limitación de las finalidades de la pena sea necesaria. Lo que nos parece acertado, en todo caso, es que de aquella afirmación (que se encuentra en la *Costituzione* –art. 27 c. 3– por voluntad de unos políticos a pesar de la opinión contraria de unos penalistas)⁴⁰ la *Corte Costituzionale* en los últimos cuarenta años supo sacar gran provecho, mejorando las condiciones

39 En Chile, en la última década el Autor que más esfuerzos ha dedicado el análisis del problema carcelario y a sus posibles soluciones es sin duda: CUNEO NASH, S., 2017; CUNEO NASH, S., 2021.

40 Es un dato cristalizado por la historia que la enunciación del principio reeducativo de la pena en la Constitución italiana no es fruto de la intervención de académicos penalistas, sino de dos juristas que se dedicaron sobre todo a la política (desde diferentes posturas): Lelio Basso, socialista, y Giorgio La Pira, demócrata-cristiano. También es historia la fuerte oposición del gran penalista Giuseppe Bettiol, que hasta el fin de su vida en su manual dio de la norma una interpretación extremadamente limitativa, en: BETTIOL, G., 1982 (véase especialmente: p. 753 y ss). Por cierto, no menos relevante, fue la toma de postura similar de Aldo Moro: cfr. AA.VV. (G. BETTIOL dir.) *Aldo Moro e il problema della pena*, Bologna, 1982 (en este libro hay un ensayo del mismo BETTIOL en su página 79, que

de cumplimiento de las condenas sin perjudicar la idea de retribución propia de las penas.

Chile es, en las palabras de Neruda que al comienzo cité en nota, noche, nieve, arena, silencio, espuma y carbón. No olvidemos sin embargo que, en los últimos versos del mismo poema, el poeta lo indica como «punto de cólera piedra». Década tras década estas palabras no pierden sentido ni actualidad: ¿Cuántas piedras se lanzaron con rabia a fines de 2019 en las calles chilenas?

No quiero aliviar con estas palabras heridas sangrientas, sino dar una salida útil y positiva a una energía grande que corre en las venas del país. Me ayudan en esto unas palabras de Tina Anselmi, católica y demócrata cristiana, la primera mujer que asumió en Italia el cargo de ministra y vivió la *Resistenza* en la carne viva de su adolescencia (ANSELM, 2016): «*La nostra storia di italiani ci dovrebbe insegnare che la democrazia è un bene delicato, fragile, deperibile, una pianta che attecchisce solo in certi terreni, precedentemente concimati. E concimati attraverso l'assunzione di responsabilità di tutto un popolo. Ci potrebbe far riflettere sul fatto che la democrazia non è solo libere elezioni —quanto libere?—, non è soltanto progresso economico —quale progresso e per chi?—. È giustizia. È rispetto della dignità umana, dei diritti delle donne. È tranquillità per i vecchi e speranza per i figli. È pace.*»

1174



Bibliografía

1. ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales (trad. de E. Garzón Valdés).
2. ANSELM, T. (con Vinci A.) (2016): *Storia di una passione politica*, 2 ed., Sperling & Kupfer, Milano.
3. ATIENZA, M. (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid.

recuerda como Moro, en la Asamblea constituyente votó a favor de la enmienda que el propio Bettiol propuso con el fin de eliminar las últimas palabras del art. 27 c.III).

4. ATRIA LEMAITRE, F. (2013): *La constitución tramposa*, LOM Ediciones, Santiago.
5. BASILE, F. (2010): *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano.
6. BASSA MERCADO, J. (2008): “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, en *Nomos*, 1, pp. 41-70.
7. BELTRÁN GUTIÉRREZ, B. (2006): “El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, pp. 808 y ss.
8. BERNARDI, A. (2010): *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Torino.
9. BETTIOL, G. (1982): *Diritto penale. Parte generale*, 11 ed., Cedam, Padova.
10. BIDART CAMPOS, G.J. (1980), *La codificación constitucional y la Constitución real*, en *Libro en homenaje a Manuel García Pelayo*, vol. I, Caracas, 93 y ss.
11. BOBBIO, N. (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino.
12. BONINI, S. (2018). *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli.
13. BORJA JIMÉNEZ, E. (2009): “Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos”, en *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, N°73, pp. 11-46.
14. BRICOLA, F. (1973) “Teoria generale del reato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, UTET, Torino, 3 y ss. ahora también en F. Bricola (1997), *Scritti di diritto penale*, vol. I, *Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, t. I (1960-1973), Giuffrè. Milano, 593 y ss.
15. CABEZAS, C. (2013): “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 20, N° 2, pp. 85-120.
16. CADOPPI, A. (2004), *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II ed., Padova.
17. COBO, M., & Vives Antón, T.S. (1999): *Derecho penal. Parte general*, 5 ed., Valencia.
18. CRISAFULLI, V. (1954), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano.
19. CUNEO NASH, S. (2017): *El encarcelamiento masivo*, Buenos Aires, 2017.
20. CUNEO NASH, S. (2021): *Cárceles y pobreza*, 2 ed., Santiago.
21. DOLCINI, E. (1999): “Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio” en *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, Milan, pp. 10-31.

22. DONINI, M. (2016): “La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge a formazione giudiziaria progressiva. Gli insegnamenti e i limiti della sentenza Contrada”, en *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, pp. 346-372.
23. DURÁN, M. (2011): “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, en *Política Criminal*, vol. 6, N°11, pp. 142-162.
24. DURÁN, M. (2013): “El planteamiento teleológico constitucional de la escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de derecho penal constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N°2, pp. 305-326.
25. DURÁN, M. (2015): “Propuesta de contenidos para una nueva Constitución Penal. Prolegómenos para una discusión necesaria”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta época, Vol. XLII, N°3, pp. 241-264.
26. DREIER, H. (ed.) (2015): *Grundgesetz Kommentar*, III ed, t. 2, Tübingen
27. ESER, A. (1997), “pre § 1, n. 36-57”, en A. Schönke, H. Schröder, *StGB Kommentar*, XXV ed., Munich, pp.15-18.
28. FERRÉ OLIVÉ, J.C (2008): “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, N° 22, pp. 33-42.
29. FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. (2020): “Derecho penal y nueva Constitución. Proporcionalidad, reinserción y reconocimiento no punitivista de los derechos de las víctimas”, en *Conceptos para una nueva Constitución*, Muñoz León, F. & Ponce de León Solís, V. (Coords.), Ediciones DER, Santiago de Chile, pp. 365-382.
30. FERRAJOLI, I. (2007): *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari.
31. FIANDACA, G., & MUSCO, E. (2019): *Diritto penale. Parte generale*, 8 ed., Bologna.
32. FORNASARI, G. (1993): *I principi del diritto penale tedesco*, Padova.
33. FORNASARI, G. & MENGHINI, A. (2012): *Percorsi europei di diritto penale*, 3ed., Padova.
34. FORNASARI, G. (2017): “Un altro passo avanti nella “riscrittura” della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada”, en *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Cavaliere, A., et Alii (Eds.), Napoli, pp. 447-461.
35. FORNASARI, G. (2021): *Constitución y derecho penal: la herencia de Franco Bricola en la interpretación del derecho penal*, inédito.

36. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985): *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid.
37. GROS ESPIELL, H. (2002): “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, pp. 143-175.
38. GUZMÁN DALBORA, J.L. (2009): “Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional (Capítulo III: CHILE)”, en *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Kai Ambos (Coord.), Temis, Bogotá, pp. 55-73.
39. Guzmán Dalbora, J.L. (2013): “Il Codice penale cileno nel prisma del tempo”, en *Codice penale della Repubblica del Cile*, Fornasari, G. & Corn, E. (Eds.), Padova, XV-XXXIV.
40. GUZMÁN DALBORA, J.L. (2015): *Elementi di filosofia giuridico penale*, Napoli.
41. HEISS BENDERSKY, C. (2016): “Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile”, en *Anales de la Universidad de Chile*, N° 10, pp. 111-125.
42. KALINSKY, B.(2000): *Justicia, cultura y derecho penal*, Buenos Aires.
43. LATTANZI, G. (2020): “Attualità della Costituzione”, en *Cassazione penale*, N° 2, 2020, 429-437.
44. MALDONADO SMITH, M.E. (2020): “Pluralismo giuridico nelle società multiculturali. Il caso della giurisdizione speciale indigena in Messico”, en *Diritto penale XXI secolo*, N°2, en prensa.
45. MANES, V. (2005): *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino.
46. MAÑALICH RAFFO, J.P. (2018), *El principialismo político-criminal como fetiche*, en *Revista de estudios de la justicia*, 29, pp. 59-71.
47. MATUS, J.P. & CARNEVALI, R. (2007): “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)”, en *Política Criminal*, N°3, D2, pp. 1-138.
48. MATUS, J.P. (2010): “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, en *Política criminal*, N° 9, pp.143-206.
49. MILLALEO, S. (2016): Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas, en *Estudios y capacitación, Defensoría penal pública de Chile*, pp. 15-105.
50. MUÑOZ CONDE, F., & García Arán, M. (2010): *Derecho penal. Parte general*, 2 ed., Valencia.

51. OSSANDÓN WIDOW, M. (2009): *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
52. PALAZZO, F., & PAPA, M. (2013): *Lezioni di diritto penale comparato*, 3 ed., Torino.
53. PALAZZO, F. (2018): *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 8 ed., Torino.
54. PAPA, M. (2019): *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2 ed., Torino.
55. PULITANÒ, D. (2019): *Diritto penale*, 8 ed., Torino.
56. RECCHIA, N. (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino.
57. RETTIG ESPINOZA, M. (2009): “Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.12, N°2, pp. 185-203.
58. ROLLA, G. (2010): “L’evoluzione del Costituzionalismo in America Latina e l’originalità delle esperienze di giustizia costituzionale”, en *Studi Urbinati*, 4, pp.575-599.
59. SACCO, R. (2007): *Antropologia giuridica*, Bologna.
60. SALVAGE, P. (1994): *Droit pénal général*, 3 ed, Grenoble.
61. STEFANI, G., LEVASSEUR, G., & BOULOC, B. (1995): *Droit pénal général*, 15 ed., Paris.
62. Suprema Corte de Justicia Nacional (2014): Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas, México.
63. VILLEGAS, M. (2012): “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, N°2, pp. 177-205.
64. VILLEGAS, M. (2016): “El terrorismo en la Constitución chilena”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, N°2, pp. 295-319.
65. YRIGOYEN FAJARDO, R. (2000): “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”, en *Pena y Estado*, N° 4. 2000, pp.129-140.
66. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4323/jurisdiccion-andinos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

La vacancia de un presidente en el Perú de hoy

✍ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

1. Preliminar

El término “vacar”, según señala el Diccionario de la RAE, puede aplicarse a diversas situaciones, tales como cesar en sus obligaciones, quedar un cargo sin persona que lo desempeñe, entre otros. Y “vacancia” es cuando un cargo queda sin proveer. Si esto lo vemos en otras situaciones, al final conducen a lo mismo, con la salvedad de que está referido siempre a un cargo en el cual el titular ha dejado de serlo, por diversos motivos. Aplicado al ámbito del régimen político, esto se encuentra recogido en las Constituciones del Perú para dar a entender la vacancia del presidente de la República, cuyas causales están señaladas en el artículo 113 de la Constitución vigente. Lo que ocurre por distintos motivos, como la muerte y la renuncia. Y entre nosotros, adicionalmente, por “incapacidad moral” declarada por el Congreso, como veremos más adelante. Las vacancias, en términos generales y tratándose del presidente de la República, son muy raras (Gamarra, muerto en combate en 1841; San Román fallece de una enfermedad en 1863 al igual que Candamo en 1904, o el asesinato de Sánchez Cerro en 1933). Esto opera así dentro de la América Latina que se mueve dentro un modelo presidencial, con los matices y modalidades que nunca faltan. En los regímenes parlamentarios la situación es distinta y aquí no lo tratamos. Lo que explicamos a continuación es una figura americana que nace en los Estados Unidos y

1179

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

se expande a todo el sur del continente durante el siglo diecinueve y que es propia del presidencialismo. Y que se mantiene hasta ahora. No es nada nuevo ni mucho menos, sino más bien conocido. El problema es que en los últimos treinta años, la figura ha cobrado vigor en nuestro continente y se ha vuelto notoria. Así también los estudios sobre ella, lo cual es interesante (cf. Aníbal PÉREZ-LIÑÁN, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, FCE, México, Buenos Aires 2009). Pero como de costumbre, ha habido muchas personas que hablan sobre el tema por intereses políticos o por convicciones personales, pero sin formación alguna. Es decir, hablan de oídas. Han surgido así “opinólogos” —y de paso muchos mercenarios de la pluma— que dan opiniones sin tener idea de lo que se trata. Y esto en forma alarmante lo vemos no solo en las redes, sino en los medios (radios, diarios y televisión). Peor aun cuando se trata de un concepto jurídico que tiene raíces históricas, políticas y sociales que se desconocen y que hay que estudiarlas. Que además no constituyen secreto alguno, pues la literatura sobre el tema es inmensa (si bien escasa en castellano). Solo dentro de estos esquemas puede entenderse lo que es esta institución de la “vacancia” y nada mejor que verlo desde el principio. Esto es, cómo nació en los Estados Unidos y cómo se expandió luego al resto de nuestro continente.

2. Impeachment

El término viene del inglés antiguo y en uso desde el siglo XIV y aun antes. Su traducción es incierta y representa algo así como “acusación”, “impedimento”, “impedir”, pero en puridad no se agota en eso. El primer *impeachment* que se da en la historia es en Inglaterra al parecer en 1283, si bien otros autores lo sitúan en 1376, pero en todo caso no se consolidó como institución sino hasta 1399. Lo cierto es que así funciona hasta 1806, en que desaparece, pues deviene innecesario con la acentuación del parlamentarismo inglés y sus mecanismos internos de control. El *impeachment* en Inglaterra era prácticamente un proceso penal, en el que actúa la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, y aplicando verdaderas penas como la confiscación y la muerte. La figura pasó a los Estados Unidos, que lo recibió en las antiguas trece colonias que estaban en el Atlántico y que proclamaron su independencia en 1776. Años más

tarde, en 1787, aprobaron su Constitución en Filadelfia. Ahí incorporaron, con diversos afinamientos, el *impeachment* en su artículo I, sec.2, cláusula 5 y artículo II, sec. 4 (cf. *The Heritage Guide to the Constitution*, David Forte, editor, Washington D.C. 2014, pág. 74 ss.) pero como un **control político** y nada más que eso (así lo sostuvo el célebre comentario de la Constitución norteamericana de Joseph Story publicado originalmente en 1833). Se tramitaba a través de las dos cámaras y conllevaba la destitución en el cargo y la inhabilitación a futuro en la función pública. Si por casualidad existían problemas de orden penal, eso pasaba a la Corte Suprema Federal, que se encargaría del proceso (cf. Raoul Berger, *Impeachment. The constitutional problems*, Harvard University Press, Camb. 1974 y más brevemente de Cass R. SUNSTEIN, *Impeachment. A citizen's guide*, Harvard University Press, Camb. 2017).

El *impeachment* quedaba habilitado cuando se daban las siguientes circunstancias: i) alta traición, ii) cohecho o soborno, ii) delitos graves y iv) inconductas, fechorías, faltas graves. Esto último como traducción al libre de *misdeemeanors* que también es un concepto indeterminado. Y que es ampliamente conocido en la América Latina gracias al comentario que sobre la Constitución americana hizo Joseph Story, discípulo y compañero de John Marshall en la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya citado. De esa obra se hizo una edición reducida que fue traducida al francés de ahí al castellano (en México y en Argentina, a mediados del siglo XIX) y la versión completa se hizo al portugués en el Brasil en la misma época. Y fue ahí donde el *impeachment* se tradujo como “juicio político”, término que en nuestro medio ha sido trajinado negligentemente en los últimos años, con la confusión consiguiente. Pero que, como tal, esto es, como vocablo, goza de una aceptación generalizada.

1181

El *impeachment* –y todo lo que vino después– tuvo una gran acogida en el siglo XIX, el cual era considerado un juicio, pero no de carácter jurisdiccional, en el cual hay demanda, contestación, pruebas, debate y sentencia, observando el debido proceso. Sino de carácter político. O sea, un modelo de control político que ejerce el Congreso en relación con el presidente de la República y otros altos funcionarios. Y por lo general, de manera muy flexible.

Es decir, era un juicio, como se dice desde hace décadas, pero no era jurisdiccional. Y esto se trasladó a la América del Sur con diversas modalidades (el primero fue quizá México en su Constitución de 1824). En el Perú se incorporó en 1839 (art. 82) en una Constitución autoritaria que, sin embargo, duró varios años. Y reiterada con diversas modalidades en las posteriores constituciones hasta hoy, en especial en las dos últimas: la de 1979 y la vigente de 1993. Y además como institución independiente del resto de causales previstas en el modelo original, si bien vinculado a ellas. Es decir, el juicio político en forma se encuentra en el artículo 117 de la Constitución. La vacancia por “incapacidad moral” es sistemáticamente parte de ella, pero desde un principio se le desgajó y se puso en otro artículo, pero unidas ambas por la misma idea que las inspira (proceso breve, procedente en caso de inconductas y sin más consecuencia que retirarlo del cargo que ocupa). Algo similar de lo que ocurre en la enmienda XXV de la Constitución norteamericana, introducida a raíz del asesinato de Kennedy en 1963 y ratificada por los Estados en 1967, precisamente para cubrir la ausencia o destitución del presidente, en forma amplia y discrecional. Y absolutamente indeterminada, como es el empleo de *inability* (inhabilidad) como causal de vacancia (cf. John D. FEERICK, *The Twenty-Fifth Amendment. Its complete history and applications*, 3ra edición, MJBooks, N. York 2014, la primera edición es de 1976).

Y el término usado desde entonces fue que la “vacancia presidencial” procedía, entre otros casos, por permanente “incapacidad moral”. Una reciente y valiosa tesis de Abraham García Chávarry y que muchos han seguido a pié juntillas (cf. *La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República*, Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, Lima febrero de 2013; un resumen ha sido publicado en “Pensamiento Constitucional”, núm. 18, 2913) es una primera aproximación al tema y da como explicación que lo “moral” está referido a lo “mental”, no obstante, de que en el siglo XIX se entendió simplemente como inconducta. La revisión del planteo de García Chávarry en forma directa en su tesis –lamentablemente no publicada– me confirma en el hecho de que no da ninguna fuente que respalde su aserto, con lo cual sostenerla se convierte en problemática. Aún más, de la época en que ese concepto

entra en circulación y se incorpora constitucionalmente, no hay diario de debates sino solo actas publicadas y hasta donde alcanza mi información, en “El Comercio” y en “El Peruano” del segundo semestre de 1839, que tampoco dicen nada. Se trata, pues, de una hipótesis que no tiene en que apoyarse. Y esto se comprueba con los hechos acontecidos durante el siglo XIX y su concepto de lo que es la moral, como se advierte en el *Diccionario de la Legislación Peruana* de Francisco García Calderón (2da edición publicada en París en 1879). Lo “mental” está desarrollado en el Derecho Civil, en relación con las aptitudes y alteraciones de las personas naturales y lo que podían o no hacer (contratos, matrimonio, etc.). Y así lo considera el Tratado de *Derecho Civil de Toribio Pacheco* en la edición póstuma de 1872 y que tiene como referencia el Código Civil de 1852, cuya vigencia se extiende hasta 1936. El concepto “mental” viene del latín *mentalis*, *mens*, *mentis*, relativo al pensamiento, modo o manera de pensar y que es materia de desarrollo por la Psicología y sobre todo de la Psiquiatría, rama de la medicina que estudia los trastornos mentales de origen genético o neurológico (cf. Honorio DELGADO, *Curso de Psiquiatría*, Ediciones Científico-Médica, 5ta edic. Barcelona 1969, cap. I, reimpresión en las “Obras Completas” del autor publicadas por el Fondo Editorial de la Universidad Peruana Cayetano Heredia y en 1993). Así las cosas, no alcanzo a entender como dos palabras con orígenes y significados distintos (*moral* y *mental*) pueden significar lo mismo. Más aun, cuando los académicos del siglo XIX tenían muy claras las diferencias entre una y otra, tanto fuera como dentro del Perú.

1183

Lo que es importante es señalar que en los debates constituyentes de 1931-1933 y sobre todo en los de 1978-1979 y 1993 (que sancionaron las Constituciones de 1933, 1979 y 1993, respectivamente) se debatió sobre el tema y se insinúa cierta relación con lo “mental”, lo cual fue ampliamente discutido y al final retirado de la agenda por insuficiente, con lo cual lo “moral” quedó básicamente como conductas o mal desempeño en el cargo (como señala la vigente Constitución argentina de 1853). En el mismo sentido y durante su breve período gubernamental, Paniagua nombró una comisión *ad hoc* de reforma constitucional —que tuvo el honor de integrar y presidir ante la ausencia del Ministro de Justicia

y por deferente designación de mis colegas— que optó por la siguiente causal: “Conducta incompatible con la dignidad del cargo”(cf. *Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 58). Y algo similar se acordó en la comisión parlamentaria presidida por Henry PEASE (2002-2003) que alcanzó a presentar un anteproyecto de Constitución que, finalmente, fue dejado de lado por las intransigencias de su presidente con los miembros de la Comisión, que optaron por abandonar el trabajo. Es decir, en ambos casos, se tuvo presente que el problema era de conductas.

1184

Todo esto lo confirman estudios recientes (de los que destaco el de Rodrigo Espinoza, en vías de publicación) en donde el problema ha sido zanjado, en mi opinión, en forma definitiva. Por lo demás, la palabra “moral” viene del latín: *moralis*, *mos*, *móris* que significa usos y costumbres (cf. José COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Edit. Gredos, Madrid 1987). Y lo “mental” está referido básicamente a trastornos o enfermedades de la mente, todo lo cual entra en lo físico y no en lo moral, y que es propio de la Psiquiatría, y no del Derecho. Salvo en el Derecho Civil, cuando se refiere a las causas de incapacidad o discapacidad de las personas naturales y solo con efectos jurídicos. Esta referencia ha dado pie para que algunos civilistas, sin tener conocimiento de lo que es el Derecho Público, crean que el término nace en el Derecho Civil, es decir, con el Código Napoleón. Pero pese a lo que ha podido decirse, el esquema o la categoría aparece en el derecho público sajón y no en el derecho privado europeo-continental. El concepto de incapacidad “mental” viene del Derecho Civil y no es aplicable ni equivalente a la causal específica de “incapacidad moral”. (Cf. *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*, Lib. e Imp. Gil, Lima 1926; en donde Juan José Calle, presidente de dicha Comisión, hace las precisiones del caso). Por otro lado, la doctrina clásica del Derecho Civil distingue muy claramente la capacidad de las personas de su incapacidad. Así un referente clásico en el primer tercio del siglo XX, Raymundo M. Salvat señala que “las personas dotadas de capacidad se llaman capaces; las que carecen de ella, incapaces”. Agrega que la incapacidad es absoluta o relativa. Es absoluta la que priva a la persona del ejercicio de sus derechos. La relativa es la

que impide la realización de ciertos actos o que establece condiciones para su ejercicio. Y todo ello debidamente precisado, incluyendo lo que alcanza a la mente, como la demencia, entre otras (cf. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Lib. y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires 1922, pp. 302 ss.).

Se ha dicho también que esta categoría es muy subjetiva y que podría ser objeto de abuso por parte del parlamento que es el que lleva a cabo la vacancia. Esta afirmación es cierta en parte, pero no hay que olvidar que se ha dado en muy contadas ocasiones y que además el Ejecutivo tiene a su alcance otras armas para poder compensar este hipotético desequilibrio (recuérdese, por ejemplo, la disolución del Congreso realizada arbitrariamente el 30 de septiembre de 2019). Por lo demás, la historia norteamericana demuestra precisamente que no ha existido abuso alguno (cf. Neal Katyal con Sam KOPPELMAN, *Impeach. The case against Donald Trump*, Mariner Books, N. York 2019, cap. 1). En los Estados Unidos en toda su historia solo ha habido cuatro intentos de vacancia presidencial, ninguna con éxito. En el siglo XIX con Andrew Johnson y en el siglo XX con Nixon –que renunció antes– y Clinton, que el Senado lo salvó por pocos votos. En el siglo XXI tenemos el caso de Trump, que tampoco llegó a término, pues no se alcanzó la votación necesaria en el Senado (cf. Eric SWALWELL, *Endgame. Inside the impeachment of Donald J. Trump*, Abrams Press, N. York 2020, interesante testimonio de un miembro de la Cámara de Representantes que coadyuvó en el proceso de acusación).

1185

3. El caso del Perú

Desde el momento de su independencia en 1821, el Perú tuvo problemas con los caudillos que fueron una plaga hasta mediados de 1850. Eran pleitos tribales, cambios de bando frecuentes, revueltas de civiles o militares, etc. El primer problema que se afrontó de carácter serio fue con el presidente José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete en 1823, con motivo de la llegada de Bolívar a Lima y los problemas que tuvo con el Congreso. Frente a este desencuentro, el Congreso lo “exoneró del mando”. Y hubo otras algaradas más que decidieron al Congreso Constituyente

de 1839 de incorporarlo en la Constitución de ese año sancionada en Huancayo. Y pese a todo y con matices, ha subsistido hasta ahora, con la vigente Constitución de 1993.

Posteriormente se planteó una vacancia del presidente Guillermo Billinghurst en 1914 que fue anunciada pero que no se concretó, pues un grupo de congresistas comprometió al coronel Oscar R. Benavides y dieron un golpe de Estado en febrero de 1914. El gobierno de facto duró un año y en 1915 se restableció la vida institucional. Luego ha habido otras intentonas, sin éxito.

La única vez que se ha vacado a un presidente por “incapacidad moral” fue a Fujimori en el año 2000. Fue la primera vez que esto pasó. Luego se plantearon otras vacancias (con Toledo a partir de 2001) de los cuales la que se implementó y llevó a cabo fue contra el presidente Pedro Pablo Kuczynski entre diciembre de 2017 y marzo de 2018. Todo movido por las denuncias de corrupción de la empresa brasileña Odebrecht. Kuczynski salió bien librado de una primera moción de vacancia, pero cuando vino la segunda, más sustentada que la anterior, renunció pues se sintió acorralado (cf. Domingo GARCÍA BELAUNDE y Johnny TUPAYACHI SOTOMAYOR, coordinadores, *La vacancia por incapacidad moral*, Instituto Pacífico, 2da edición, Lima 2018). Asumió la presidencia el vicepresidente Martín Vizcarra (marzo de 2018) de quien después se supo que había estado complotando con terceros para lograr la vacancia de Kuczynski y llegar él a la presidencia.

Para entender un poco esta figura, téngase presente que Kuczynski salió elegido presidente de la República en 2016 y por un período de cinco años que terminaba el 28 de julio de 2021. Su fórmula tenía dos vicepresidentes; el primero Martín Vizcarra y la segunda Mercedes Aráoz. Dentro de esta línea de sucesión, llegó al poder Vizcarra, quien al final se quedó solo, pues la vicepresidenta Aráoz renunció a fines de 2019, la que fue aceptada por el nuevo Congreso instalado en mayo de 2020, luego de que el anterior Congreso fuese disuelto en septiembre de 2019. Es decir, Vizcarra se quedó solo en el Ejecutivo, con lo cual, si algo pasaba, lo sucedía el presidente del Congreso, quien de inmediato convocaba a elecciones (Const. art. 115).

El presidente Vizcarra inició su gobierno en medio de gran expectativa y sobre todo con el ánimo de permanecer en el poder sin hacer nada de nada (ofreció construir 80 hospitales tan pronto llegó y en dos años y ocho meses no hizo nada, pero dedicó parte de su tiempo a inaugurar en el interior centros de salud contra la COVID-19 que habían construido los privados con ayuda de las iglesias locales). Y se dedicó a demoler a las instituciones, empezando por el Congreso de la República y continuando con el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura (modificado constitucionalmente por la Junta Nacional de Justicia). Tuvo éxito, pues la crisis política venía desde atrás y porque las principales ONG's lo apoyaban conjuntamente con los medios (casi todos financiados con el apoyo estatal a través de asesorías y publicidad generosa). Y la Iglesia, como de costumbre. Y gran parte del medio empresarial y de la banca.

Pese a que Vizcarra tenía 46 denuncias fiscales en trámite por presuntos malos manejos a través de su empresa constructora y cuando era gobernador de la Región Moquegua, se declaró líder de la lucha contra la corrupción. Y la condujo con ímpetu. Sin lecturas, sin principios ni lealtades para con nadie, sin más talento que manipular y engañar a diestra y siniestra, se vio finalmente arrastrado a la disolución del Congreso, lo que hizo en forma arbitraria y mañosa el 30 de septiembre de 2019 (cf. el especial de la *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 39, julio-diciembre de 2019). Durante el interregno parlamentario y mientras se instalaba el nuevo Congreso fruto de nuevas elecciones, gobernó libremente durante casi cinco meses, haciendo uso y abuso de los “decretos de urgencia”, comprando voluntades para mantener adhesiones. Lo que se acentuó a raíz de la llegada de la COVID-19 en marzo de 2020, que la usó como pretexto para disponer libremente de fondos públicos, con programas especiales de apoyo a las empresas (préstamos a largo plazo casi sin intereses) y millones de bonos de ayuda repartidos gratuitamente entre la población y sin mayor criterio. El nuevo Congreso instalado en marzo de 2020 no solo resultó más mediocre que el anterior, sino que, al ser permanentemente confrontado, fue poco a poco perdiendo la imagen que tenía frente a la opinión pública. Y también se deterioró la relación con el presidente. Es decir, en lugar de consensuar con el nuevo Congreso, fruto

precisamente de una disolución por él buscada, se dedicó a maltratarlo sin calcular sus consecuencias. Más aun cuando el nuevo Congreso no solo tenía un período muy corto, sino que la reelección inmediata estaba prohibida.

Como hemos señalado, ante el impedimento permanente del presidente de la República y de los dos vicepresidentes, asume el cargo el presidente del Congreso, quien de inmediato convoca a elecciones. Una situación similar a la ocurrida en el período 2000-2001, si bien el contexto fue otro, pues se trataba del presidente Fujimori, que había abandonado el Perú. Fue elegido para ese período de transición un político de gran trayectoria democrática: Valentín Paniagua. Que además tuvo un desempeño ejemplar durante su corto período presidencial de transición.

4. Los conceptos jurídicos indeterminados

1188

Es sabido que en el Derecho es importante la interpretación, no siempre fácil, incluso cuando parece serlo. Pero hay otros términos que son algo etéreos y que no se pueden eliminar, sino que dependen del contexto, del momento en que se aplican. Es lo que la doctrina alemana llama “conceptos jurídicos indeterminados”. Es decir, que no se definen *a priori* sino *a posteriori*. Y que existen desde Roma y se recogen en las legislaciones actuales. Así, entre otros tenemos “buena fe”, “buenas costumbres”, “abuso del derecho”, “exponerse al peligro” “malas prácticas”, “bien común”, “actuar justamente”, “honestidad”, “peligro de fuga”, “obstaculización de la justicia”, “negligencia notoria” “organización criminal”, o el dicho que recoge el derecho francés: “actuar como lo haría un buen padre de familia”. No son arbitrarios, sino discrecionales y por cierto se ven en cada caso. Igual sucede en el área económica en donde la Constitución recoge términos indeterminados: “estabilidad monetaria”, “(presupuesto) efectivamente equilibrado”, “asignación equitativa de los recursos públicos”, etc. (cf. Iván ALONSO, *Indefiniciones constitucionales*, en “El Comercio”, Lima, 4 de diciembre de 2020).

Es lo que pasa en cada caso y además no puede definirse, pues sería entrar en más problemas y en más nebulosas. Igual sucede con el concepto de *misdeemeanors* en los Estados Unidos y las causales similares

que vemos en la Argentina (“mal desempeño en el cargo”), Brasil (“actos contra la probidad de la administración”), Chile (“actos que hayan comprometido gravemente el honor de la Nación”), Colombia (“indignidad por mala conducta”), Paraguay (“mal desempeño en sus funciones”), y así sucesivamente.

Por tanto, pedir una definición en este tema, no es solucionar el problema, sino alargarlo. Quienes no lo entienden, demuestran no conocer una problemática que no solo aparece en el mundo del Derecho, sino también en otras disciplinas (vid. Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, Madrid 1967, cap. VI y David ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Edit. Dykinson, Madrid 2009).

5. Las vacancias de Vizcarra

El problema del presidente Vizcarra era complicado. Por un lado, pagaba favores con publicidad en los medios impresos y televisivos, y eso le permitía ejercer un rol protagónico en el acontecer político, pese a que su gobierno se caracterizó por un pésimo desempeño en lo político y en lo económico. Y por otro, y a raíz de la llegada de la COVID-19, implementó programas millonarios de apoyo a las grandes empresas –y también a las pequeñas– prácticamente sin intereses y la distribución gratuita de bonos a la población menos favorecida, calculada en unos seis millones de personas. Más aun, se declaró el estado de emergencia a dos niveles: sanitario y constitucional. Aun con estas ayudas, el manejo fue pésimo y la economía se ralentizó: así lo declararon, sin eufemismos, los observadores internacionales. Se perdieron miles de puestos de trabajo y muchas empresas, sobre todo las pequeñas y medianas pero formales, colapsaron (cf. AA.VV. *Emergencia sanitaria por COVID-19, Retos al constitucionalismo peruano*, coordinadores Ernesto Blume Fortini y Luis Sáenz Dávalos, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2020). Ante esta situación, el apoyo económico del gobierno fue importante.

Las cosas se agravaron, pues un presidente confrontador se expone a mucho. Por lo pronto, salió el problema de contrataciones misteriosas –y aparentemente ilegales– de un amigo cercano de Vizcarra, pero que él

lo negaba: el cantante Richard “Swing” Cisneros. Se inició así un pedido de vacancia, luego se aprobó la moción de vacancia y el presidente fue citado con su abogado para el día 18 de septiembre de 2020 en el local del Congreso. Fue una larga sesión y al final del día se procedió a la votación. El pedido de vacancia alcanzó solo 32 votos, 78 en contra y 15 abstenciones. Se necesitaba 87 que no los hubo.

1190

El problema es que el presidente Vizcarra siguió actuando como si nada pasase. Es decir, no advirtió el peligro y se mantuvo confiado, desafiante y con una mitomanía que nunca dejó de acompañarlo, sin darse cuenta de que el entorno se enrarecía. Mientras tanto, las investigaciones fiscales seguían su curso y con nueva información y pruebas, si bien en etapa inicial, se armó una nueva moción de vacancia, que luego de ser aprobada, se programó para el día 9 de noviembre. Sintiéndose seguro, Vizcarra públicamente pidió adelantar la fecha, lo cual no prosperó pues no estaba contemplado en la agenda. Vizcarra fue al Congreso acompañado de su abogado, pero hizo su defensa él solo, sin mayores precisiones y con una buena dosis de suficiencia que cayó mal. Acabada su exposición se retiró del hemicycle y empezó el debate que duró un aproximado de diez horas, en la cual se manifestaron las bancadas, casi todas ellas críticas del presidente (con la llamativa excepción del Partido Morado, liderado por Julio Guzmán). Se inició la votación al final del día y se manifestaron a favor de la vacancia un total de 105 congresistas: 19 en contra y 4 abstenciones. El número legal de miembros del congreso es de 130 pero asistieron 128.

Esa misma noche Vizcarra dirigió un mensaje a la Nación, aceptó el hecho de la vacancia y se retiró a su domicilio. Automáticamente y al no existir vicepresidentes, el presidente del Congreso, Manuel Merino de Lama, asumió la presidencia de la República. Lo sería por poco tiempo, pues las elecciones generales habían sido programadas para el 11 de abril de 2021.

6. Los disturbios en las calles

Manuel Merino de Lama juró el cargo como presidente de la República al día siguiente, 10 de noviembre de 2020, en horas de la mañana.

Y esto en una ceremonia vistosa y con aplausos. Grande fue su sorpresa al comprobar que no había nadie en Palacio de Gobierno para hacerle entrega del cargo: igual sucedió con los ministros de Vizcarra que se retiraron subrepticamente sin hacer entrega formal del cargo y sin despedirse del personal de los ministerios.

Sin embargo, en la tarde de ese mismo día se iniciaron marchas pacíficas en aparente respaldo a Vizcarra y como desconocimiento del presidente Merino. Y esto en la ciudad de Lima, extendiéndose luego a diversas capitales de departamentos. No se sabe cómo estas marchas salieron tan organizadas y en forma tan rápida, lo cual llama la atención y lo más probable es que hayan sido preparadas con mucha anticipación por el “vizcarrismo” (mascarón de proa que aglomera y conjura corrupción, grupos económicos beneficiados, radicalismo de izquierda más antifujimorismo y antiaprisimo). Y al parecer para reponer a Vizcarra en la presidencia, aprovechando los momentos de crisis que se vivía como fruto de la “cuarentena” de varios meses y la consiguiente crisis económica. Se sabe que ciertos grupos empresariales apoyaron las protestas y también la banca (lo tuiteó el Banco de Crédito del Perú). Lo mismo hicieron las universidades públicas y privadas (suspendieron las clases para que la juventud pudiera expresarse libremente) y líderes de la Iglesia a través de sus obispos (como es el caso del cardenal Pedro Barreto). Dos líderes políticos, Julio Guzmán y Verónica Mendoza, salieron a las calles para apoyar a las marchas y luego hicieron lo mismo Ollanta Humala y George Forsyth. Casi todos los medios (en especial diarios, radios y televisión) apoyaron desembozadamente estas marchas y las alentaron como libre expresión del derecho a la protesta (los diarios del día 11 de noviembre lamentaron la vacancia de Vizcarra en tonos apocalípticos, como se ve en las primeras planas: “El Comercio” decía que “el Perú no se merece esto” y “La República” afirmaba que “el Congreso había dado un golpe de Estado”. Desde Madrid, como un estafermo, el premio Nobel Vargas Llosa repetía el cuento). Las marchas se iniciaron el mismo 10 de noviembre a las 18 horas y duraron varios días (el que dio la alarma “pacífica” de la protesta fue el joven Carlos Ezeta, quien, sorteando la barrera policial en el frontis del Congreso, agredió de un puñetazo al congresista Ricardo Burga cf. *Expreso*, 12 de noviembre de 2020 y los videos propagados por los canales

de televisión de esos días). Los medios y las empresas tenían mucho que agradecer a Vizcarra, por la cantidad de dinero que había repartido a manos llenas a los primeros mediante contratos de publicidad y luego a ambas bajo la modalidad de contratos de ayuda extremadamente generosa (Programa Reactiva-Perú) y los bonos distribuidos gratuitamente entre la población. Pero también fue una manifestación de descontento y del hartazgo de la clase política, a lo que hay que añadir la encerrona que el Gobierno decretó como “cuarentena” durante cuatro meses y que afectó seriamente a la población. Protesta que en realidad fue algo así como un resorte que dispara sin rumbo fijo, pues la mayoría no sabía en realidad que es lo que quería. Y agudizado por la crisis económica que hizo perder miles de puestos de trabajo, como consecuencia, en ambos casos, de un pésimo manejo gubernamental del gobierno de Vizcarra.

En todo caso, lo que empezó como manifestación pacífica, acabó mal: dejó de ser pacífica y se volvió un campo de Agramante. El descontento de los jóvenes –a los cuales en forma hiperbólica se les calificó como la “generación del bicentenario”– se expresó libremente y con cordura. Tan solo en el centro de Lima –básicamente entre el Parque Universitario y el Congreso de la República, separados por una distancia de unos 500 metros– los jóvenes se volvieron agresivos y al parecer con la intención de incendiar el local del Congreso. Atacaron a la policía con piedras, cohetones, bombardas y otros instrumentos letales, que tuvo como respuesta una dura represión policial. Los videos retratan la presencia de verdaderos vándalos –barras bravas, terroristas o matones contratados– atacando a la policía, que por cierto, disparó en su defensa, si bien no se sabe con qué proyectiles. E incluso se ensañaron con una policía mujer. En medio de esta trifulca, el día sábado 14 se dieron dos jóvenes muertos entre los manifestantes, sin que hasta ahora se sepa de donde vino el ataque (sin embargo y al unísono los medios achacaron la responsabilidad a la Policía y los calificaron de “héroes” de la democracia). Ante esto, los ministros nombrados por el presidente Merino renunciaron uno a uno y el mismo Merino también lo hizo (a quien por lo demás, su partido Acción Popular y las otras bancadas, le quitaron su apoyo). Esto se formalizó el domingo 15 de noviembre (Resolución Legislativa num. 007-2020-2021-CR). Ese día y el siguiente, se buscó un consenso para elegir un nuevo presidente

del Congreso, que a su vez devendría en presidente de la República. Se hizo a través de un curioso *mea culpa*: se elegiría como presidente al congresista que no votó por la vacancia presidencial, o sea, los 105 que votaron a favor de ella quedaron descartados como candidatos y la elección se redujo a 25 elegibles que en principio habían apoyado a Vizcarra. Lo cual significa que el Congreso no solo es frágil, sino que se doblegó ante una minoría pretenciosa que se impuso a una mayoría asustada. Esto ocurrió el día 16 y fue elegido Francisco R. Sagasti Hocchäusler, congresista por el Partido Morado (cuyo líder Julio Guzmán, azuzador de las marchas, es un vizcarrista que no oculta sus preferencias). Sagasti venía de una larga trayectoria en la docencia, las consultorías y el Banco Mundial y con obra copiosa. Juró el cargo de presidente de la República el día 17 de noviembre de 2020. A partir de ese momento, si bien no han cambiado las cosas, este gobierno que acabará el 28 de julio de 2021 tiene muy poco que hacer: combatir la pandemia, ordenar el presupuesto y sobre todo garantizar elecciones limpias que se realizarán en abril de 2021. Pretender más sería mucha vanidad. Pero lo importante es que sirvió para apaciguar los ánimos de los que protestaban.

1193

Un apartado merece el incidente de las marchas pacíficas durante la breve presidencia de Merino que no resultaron tan pacíficas, sobre todo en el centro de Lima. Y es que estas tienen todas las trazas de haber sido organizadas con anterioridad. En todo caso, el Ministro del Interior de la presidencia de Sagasti, general Cluber Aliaga, se presentó en un programa televisivo y luego en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en donde declaró su malestar por la defenestración indebida de 18 generales de la Policía Nacional hecha por su predecesor (Rubén Vargas Céspedes) sin justificación alguna. Y la comprobación, ayudado por material fílmico, de que la violencia desatada en el centro de Lima fue provocada por grupos infiltrados que agredieron a la policía (barras bravas, delincuentes, vándalos) la cual no hizo más que defenderse, si bien con notorio exceso. Incluso sostuvo que existían pruebas de que los dos jóvenes muertos habían fallecido por culpa de los propios manifestantes infiltrados en la protesta, convirtiendo así en una gresca lo que se inició como marcha pacífica (Cf. *El Comercio*, Lima, 8 de diciembre de 2020 y en general los diarios de Lima de la fecha). Esta

declaración disgustó al presidente Sagasti y le pidió la renuncia al Ministro del Interior, lo cual habla mal del presidente y de su entorno (duró en el cargo del 3 al 7 de diciembre de 2020). En todo caso, estos dos jóvenes fallecidos indebidamente en estas marchas que no fueron pacíficas, es algo lamentable que debe aclararse y en su momento, sancionarse. Pero eso no implica homenajearlos en el LUM (Museo de la Memoria) y llamarlos “héroes”, pues demuestra, por parte de quienes así lo proponen y ejecuten, un evidente desvarío en sus conductas y un trastocamiento de todos sus valores. Peor aún, cuando semanas más tarde ha habido marchas y paros tanto en Ica como en La Libertad y varios muertos por problemas laborales (tres en el norte y dos en el sur) pero nadie ha dicho nada ni tampoco los han elevado a la categoría de “héroes”. Se nota, pues, que las marchas, más allá de las buenas intenciones de algunos, fueron teledirigidas y con una violencia provocada. Y en la cual, según se calcula, ha habido un aproximado de cincuenta policías heridos, que no han merecido ser mencionados ni reconocidos por nadie (por lo demás, el gobierno de Sagasti ha estado dubitativo y hasta complaciente ante los bloqueos de carreteras durante los primeros días de diciembre de 2020, en los cuales se afectaron seriamente no solo vidas humanas, sino propiedad pública y privada, ante la inacción de la Policía, que recibió expresas órdenes superiores de no hacer nada). Lo que demuestra que carecieron de criterio para afrontarlos y no se dieron por enterados de que estábamos ante un vandalismo con actos delictivos (cf. Germán A. LÓPEZ DAZA-Carlos GÓMEZ GARCÍA y Katherin TORRES POSADA, *Los límites a la protesta social: entre las vías de hecho y el respeto por los derechos fundamentales*, Lib. Jurídica Diké, Medellín, Colombia 2018, que aun cuando referido a la realidad colombiana, tiene enfoques teóricos de alcance que en nuestro medio se ignoran).

Un punto al cual nadie ha dado importancia, es que durante las marchas estaba vigente el “estado de emergencia” contemplado en el artículo 137 de la Constitución que, precisamente, suspende el ejercicio del libre tránsito, la libertad de reunión y la libertad y seguridad personales. Y esto al margen del toque de queda. De ambas violaciones nadie dio explicación alguna. Los manifestantes y los que los aplaudían, guardaron prudente silencio.

Otro aspecto de interés, aun cuando marginal, es cuanta gente participó efectivamente en estas marchas, tanto en el centro de la ciudad como en los distritos y en las principales ciudades del país. Algunas encuestadoras dicen que participó un 10% o un 13% de la población, termino algo ambiguo. Para tener una mejor aproximación, hemos revisado el “Panorama laboral del Perú” correspondiente a 2019 colgado de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Así tenemos, en cifras redondas, lo siguiente:

- 1) Población total del Perú: 32'000,000
- 2) Población económicamente activa (PEA): 17'000.000
- 3) Población en edad de trabajar: 24'000.000

Ahora bien y si hacemos un cálculo conservador del 10% ¿es posible que hayan salido a las calles 2'400.000 personas o 1'700.000? Esto es algo que nadie ha sostenido y que es más que improbable. Es posible que en todo el país haya habido unos 80 mil manifestantes y en el centro de Lima unos 25,000, sobre todo en los primeros días y en actitud pacífica. Pero cuando se juntaron en la esquina del Parque Universitario con la Av. Abancay para dirigirse al local del Congreso de la República, no había más de 3,000 manifestantes que fueron repelidos por la Policía y en donde se dio la mayor violencia de esos días (hubo incluso carretillas incendiadas que eran enviadas de ida y vuelta). Si esto es así, significa que más que una multitud, hubo una turba organizada, a la cual se le calificó como la “voz de la calle”, lo que sin lugar a dudas no corresponde a la realidad. Es decir, fue un montaje –aun cuando respondiese a un malestar generalizado– que asustó a los congresistas innecesariamente. Y todo acentuado por la crisis política –nadie había visto vacar a un presidente– y la pandemia.

1195

7. Tres presidentes en una semana

Ha habido casos en América Latina con una sucesión impresionante de presidentes: Argentina en un mes tuvo cinco presidentes en el año 2000. El Perú tuvo tres en una sola semana. Agitada y complicada, por cierto.

Ahora bien, una efervescencia así no se veía hacía mucho tiempo. Fueron momentos muy crispados en donde los llamados “caviars” (rojos disfrazados de gente civilizada) agitaron las calles apoyados por los medios y ciertos grupos empresariales. Pero todo se calmó y volvimos a la normalidad.

Mentes afebradas y sin conocimiento de las cosas, han tratado de desvirtuar los hechos y conviene precisarlos.

- 1) La vacancia del presidente Vizcarra fue constitucional. Nadie lo objetó y tampoco él mismo. Se sujetó a lo escrito y a los procedimientos parlamentarios existentes.
- 2) La asunción a la presidencia por parte del entonces presidente del Congreso, Manuel Merino de Lama, es perfectamente constitucional. No es un gobernante de facto, como dicen periodistas irresponsables. Y su renuncia, precipitada por fuerzas vizcarristas, es constitucional.
- 3) La elección de Francisco Sagasti es constitucional. Y es de esperar que continúe sin contratiempos hasta el 28 de julio de 2021. Se ha calificado asimismo como el gobierno de “transición y de emergencia”. Esto último está de más.

1196

Una grave crisis resuelta constitucionalmente. Así de simple.

Y los tiempos son los siguientes: Vizcarra es vacado el día 9 de noviembre de 2020. Al día siguiente, 10, jura el cargo Manuel Merino de Lama y nombra su gabinete el 12, pero renuncia el día 15. El día 16 el Congreso asume la situación de vacío creada por la renuncia y nombra como presidente del Congreso a Francisco Sagasti, quien jura el cargo de presidente de la República al siguiente día, 17 de noviembre.

Cabe señalar que una pomposa misión de observadores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hizo una breve visita a Lima para observar lo sucedido en días pasados. Su conclusión, ideologizada como siempre, señaló que las manifestaciones eran un expresión del derecho a la protesta pacífica (sic), que los muertos habían sido hechos en principio por la Policía Nacional y que la vacancia prevista en la

Constitución debería ser cambiada pues había sido totalmente desvirtuada (Cf. *La República*, 7 y 8 de diciembre de 2020). La desprestigiada Comisión ha empezado hace un buen tiempo a hacerle el juego a los radicales de izquierda en nuestros países y en forma por demás sesgada, que no la hace merecedora de ningún crédito. Y confirma lo que la misma Comisión señaló en un Comunicado de Prensa de 11 de noviembre de 2020, en donde adelantó, sin prueba alguna, lo que dijo días después. Lo que confirma que la visita a Lima fue un show de muy baja estofa, propia de su incapacidad y de sus compromisos políticos.

En la misma línea antisistema se encuentra la conocida ONG “Human Rights Watch” que, pese a su nombre, observa mal y ha entregado un informe al gobierno en el cual señala que la responsabilidad de lo sucedido es de la Policía Nacional. Para eso envió a su representante José Miguel Vivanco a Lima, para entregar un informe insulso a los representantes del gobierno y a los medios, lamentando el golpe dado a la democracia y los excesos policiales y expresando su confianza en que el Tribunal Constitucional iba a poner las cosas en su sitio (sic) reponiendo a Vizcarra (véase sus desencajadas declaraciones en *Cosas* de 20 de noviembre de 2020). A decir verdad, no sabemos para que Vivanco vino a Lima, pues para decir esas inexactitudes, era suficiente enviar ese informe desde fuera (cf. *El Comercio*, Lima, 18 de diciembre de 2020). Con aire de perdonavidas, la célebre ONG ha dado una serie de recomendaciones al Gobierno peruano, que los medios no han hecho otra cosa que destacar.

1197

Al margen de estos informes prejuiciados, tanto el Ministerio Público como el Ministerio del Interior están investigando estas lamentables muertes, sin resultados hasta la fecha. Esperemos que lleguen a buen puerto.

8. La demanda ante el Tribunal Constitucional

Cuando apareció en el panorama el problema de la vacancia contra Vizcarra, éste, malamente aconsejado por sus asesores, planteó una demanda competencial contra el Congreso.

La demanda era muy peculiar. Se usó la figura del proceso competencial basándose en este hecho básico: como quiera que el Congreso quería vacar al presidente, estaba quitándole competencias o facultades por “menoscabo” (término mal usado y tomado de la legislación constitucional española). Y esto por cuanto estaba impidiendo al presidente llegar al fin de su mandato, interrumpiendo su plan de gobierno y bloqueando todos sus proyectos, tanto a él como a sus ministros. Lo que se olvidó la demanda es que la vacancia presidencial, buena o mala, es competencia exclusiva y excluyente del Congreso y el ejercerla no menoscaba la competencia de nadie y menos aún del presidente, que no la tiene. Más aún, si se busca una interpretación armónica de la Constitución, llegaríamos a la conclusión de que, con este argumento, o sea, el “menoscabo”, la facultad de vacar al presidente haría desaparecer el correspondiente apartado de la Constitución, que sí lo permite. Una demanda, sin lugar a dudas, descabellada. Peor aún, pedían una medida cautelar para interrumpir el proceso de vacancia, que rápidamente fue denegada. La demanda fue trasladada al Congreso de la República que la contestó el último día hábil para hacerlo, o sea, el 11 de noviembre de 2020, cuando ya Vizcarra había sido vacado, en una segunda oportunidad. Cabe señalar que el proceso competencial que se interpuso fue un verdadero despropósito, como es fácil comprobarlo en la doctrina y en la práctica de los países europeos de donde viene la institución (véase, entre otros, la importante monografía de Ángel J. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, que trae referencias españolas y europeas).

El Tribunal Constitucional demoró en pronunciarse, en parte por disidencias internas, en parte por la dificultad de resolver el problema en cuestión. Los más audaces sugerían que el Tribunal repusiese en su cargo a Vizcarra, lo cual era un imposible.

Por fin, el día 19 de noviembre se informó a la opinión pública que la sentencia había declarado “improcedente” la demanda competencial por no existir los hechos que se alegaban, lo que técnicamente se conoce como “sustracción de materia”. Agregando que no era dable pronunciarse sobre un concepto político problemático como es la vacancia

por “incapacidad moral”. La sentencia lo fue por mayoría de 4 a 3. Entre estos últimos, se encontraba como minoritaria la presidenta del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma, quien salió a los medios, casi desahogada y con la pérdida total de compostura, para denunciar a sus colegas por lo que habían hecho al no haberse dado cuenta de que la vacancia de Vizcarra era inconstitucional y sobre todo por haber desperdiciado una “oportunidad histórica” para definir lo que era la “incapacidad moral” (cf. *Gestión*, Lima, 19 de noviembre de 2020). Un coro servil aplaudió esta descompostura, como si realmente se tratase de algo valioso que enriquecía la ciencia del Derecho. Quien así lo planteaba era persona sin cultura de base y movida por intereses políticos menudos. Al final todo quedó así y no se volvió a hablar del asunto (cf. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, octubre de 2020, tomo 154, un especial sobre la “vacancia por incapacidad moral permanente” con artículos de Luis Castillo Córdova, Víctor García Toma, Aníbal Quiroga León, Carlos Hakansson Nieto, entre otros).

9. La sentencia constitucional

Tratando de resumir lo que decía la demanda competencial presentada ante el Tribunal Constitucional, señalemos algunos puntos de la demanda:

- i) Existe una competencia por menoscabo. Es decir, la competencia que pretende ejercer el Congreso, es de tal manera que termina recortando, quitando o eliminando las “competencias” que tiene el presidente de la República para gobernar el país, para continuar hasta el fin de su período y para poder mantener los ministros que tiene hasta ahora. Y llevar a cabo las políticas que tiene trazadas.
- ii) Colisiona con la separación de poderes, que es lo que existe en la Constitución.
- iii) Se afecta el período presidencial establecido de 2016-2021.
- iv) Con la presentación de la demanda, se presentó un escrito solicitando una medida cautelar, para lo cual desarrolla toda una

teoría de la medida en el ámbito procesal civil, que nada tiene que ver en un proceso constitucional.

La demanda es contestada por el Procurador Público del Poder Legislativo en dos niveles: la demanda propiamente dicha y la que pide la medida cautelar, contra la cual formula oposición.

Al margen de eso existen escritos de “amicus curie” (o sea, de amigos de la Corte) lo que está permitido por la jurisprudencia y la práctica del Tribunal Constitucional. De ellos destacamos tres: el primero es de corte académico de un grupo de profesores encabezados por César Landa Arroyo, que destaca elementos interesantes, pero sin respaldo doctrinario y con información inexacta. La segunda es del Instituto de Defensa Legal (IDL), conocida ONG de pública y permanente actuación política y que no tiene ningún aporte serio y por tanto es desechable. Finalmente, la de Natale Amprimo Plá, que tiene un desarrollo muy sólido a nivel de fuentes y de doctrina y que respalda la competencia del Congreso.

1200

Lo que siguió luego es lo siguiente:

- i) El Tribunal Constitucional con fecha 17 de septiembre desestimó el pedido de medida cautelar y en paralelo admitió la demanda y corrió traslado de ella al Congreso de la República. Hubo un voto del magistrado Blume para declarar improcedente la demanda, con lo cual coincide con la doctrina europea más acreditada.
- ii) La vista de la causa fue virtual el día 19 de noviembre de 2020 en horas de la mañana.
- iii) La sentencia fue conocida a mediados del mes de noviembre, pero el texto final y firmado por todos los magistrados fue colgado en la página web del Tribunal Constitucional el día 27 de noviembre de 2020 (STC 00002-2020-CC/TC).
- iv) Los cuatro votos, con argumentos variados, sostuvieron la tesis de que había existido una “sustracción de materia” y no había nada que aclarar. Más aun, no tenía sentido entrar a definir un texto indefinido que es de uso corriente en el constitucionalismo

latinoamericano por palabras y conceptos similares (vid. la entrevista al magistrado José Luis Sardón que es detallada y precisa, publicada en el diario *Expreso* el día 23 de noviembre de 2020). La otra parte se dividió en dos. La presidenta del Tribunal Constitucional con el magistrado Carlos Ramos Núñez firmaron un voto fatigante de carácter histórico que a nadie interesa y desarrolló la tesis de pronunciarse sobre el caso y además poner condiciones y requisitos que debe tener una “vacancia”. Un tercer voto era realmente ininteligible.

10. Algunos malentendidos

A raíz de la vacancia de Vizcarra y lo que vino después, los medios y sobre todo las redes sociales, se han inundado de imprecaciones, insultos e ideas disparatadas, que al parecer lo hacen para retribuir favores. Así, por ejemplo, los más refinados han dicho que:

- i) La vacancia por parte del Congreso es inconstitucional. El Congreso dio un golpe de Estado.
- ii) Que el señor Merino es un golpista y que su breve gobierno es de facto.
- iii) Que es necesario cambiar todo este sistema de vacancia o ponerle límites.
- iv) Que hay que definir y precisar el término “incapacidad moral” y cuándo es posible llevarla a cabo.
- v) La turba en las calles es una expresión de la “conciencia democrática” de la juventud y fiel reflejo del rechazo de la ciudadanía al “golpe” realizado por el Congreso.
- vi) Que todo lo sucedido ha afectado seriamente a la democracia y a la gobernabilidad.
- vii) Que se ha afectado seriamente la separación de poderes.

Los extremistas, que nunca faltan, han dicho entre otras cosas:

- i) Que las Fuerzas Armadas no deberían obedecer a Merino, pues era un presidente usurpador.
- ii) Que había que reponer a Vizcarra en el cargo de presidente de la República.
- iii) Que esta crisis demostraba que el sistema había colapsado y que había que convocar a una asamblea constituyente (pedido formulado una vez más por los radicales de izquierda, que se caracterizan por tener un pensamiento utópico, pensando de que un cambio de constitución arreglará todo como por ensalmo).
- iv) Que a Vizcarra se le acusó por mentiras y por meros indicios que no habían sido comprobados.
- v) Que estando en trámite diversas investigaciones por supuestos delitos de Vizcarra, había que esperar a que ellas terminen y formular las acusaciones fiscales a partir del 28 de julio de 2021.
- vi) Que no era posible que la vacancia de un presidente fuera decidida por los votos de un congreso politizado.
- vii) Que Merino y su gabinete —o parte de él— ordenaron a la Policía Nacional a usar armas de fuego para dispersar a los manifestantes. El cuento se lo creyó la Fiscal de la Nación que de inmediato abrió una investigación preliminar contra Merino y miembros de su gabinete. Cuando vinieron otras muertes en el norte y en el sur fruto de disturbios similares, calló en siete idiomas.

Argumentos todos ellos propios de gente que no conoce el tema y sin cultura constitucional seria. O quizá movidos por intereses menudos. No se dieron cuenta de que el presidente de la República no tenía ninguna competencia amenazada, por lo que la demanda era en puridad improcedente. Lo que estaba en cuestión, es decir, vacar al presidente, es de competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República. Y que

además se ejerce discrecionalmente, sin tener en cuenta la existencia de eventuales delitos, que se verían al margen de la vacancia, como efectivamente está sucediendo ahora. Es decir, se hablaron tonterías del tamaño de una catedral, pese a que algunos “constitucionalistas” de pacotilla, las han defendido.

11. La herencia de Vizcarra

Si revisamos la historia del Perú en los últimos cien años —en especial desde 1919 a nuestros días, cuando llega Leguía al poder— llegamos a la conclusión de que hemos tenido presidentes de los más distintos estilos: demócratas, refinados culturalmente, dictadores, emprendedores de reformas sociales, respetuosos de las libertades públicas o enemigos de ellas, honestos y pillos, con numerosa obra pública o sin ella. Pero todos con cierto nivel en el cargo y de lo que les correspondía. Y más aún con un sentido de la realidad y de lo que se podía hacer. Vizcarra representa todo lo contrario: vanidoso, mitómano, desleal, inepto, sin obra alguna, agitador permanente, sin rumbos fijos y sin lecturas. Pero con una gran habilidad para destruir instituciones, demoler movimientos políticos o personajes importantes y sin nada que ofrecer a cambio. Presentándose como un líder del combate a la corrupción, ha resultado estar envuelto en ella, y en pleno proceso de investigaciones, y prohibido judicialmente de salir del país (una visión cercana de su conducta política se encuentra en las memorias de su compañera de fórmula presidencial, Mercedes Aráoz Fernández, *Meche*, Librerías Crisol, Lima 2020, que lo pinta en los peores términos). Vizcarra es, sin lugar a dudas, el peor presidente que ha tenido el Perú en los últimos cien años.

1203

Su herencia no es halagüeña. Ha destapado lo que venía desde atrás y no ha hecho nada serio para impedirlo o subsanarlo. Ha hecho cambios institucionales —a nivel político y constitucional— que han sido lastimeros. Al caer del alto cargo que ocupaba, él mismo apoyó el desorden pensando que quizá lo iban a reponer en el cargo. Esta vez sus cálculos fallaron. Inauguró la política de confrontación con las instituciones por el mero prurito. Hizo mucho ruido, pero no hizo nada en los dos años y ocho meses que estuvo en el cargo. La más importante responsabilidad

que tuvo fue afrontar la llegada de la pandemia del coronavirus en marzo de 2020, que lo hizo en forma errática de tal manera que jamás concretó la compra de vacunas mientras que nuestros países vecinos si lo han hecho. La desidia y la ineptitud de su gobierno, se hizo patente en el manejo sanitario, uno de los peores del mundo occidental y también en el manejo económico, como lo ha reconocido *The Economist* (*Gestión* de 28 de diciembre de 2020). Su presencia en el mando supremo, si bien fruto de la casualidad, ha sido como una maldición gitana. El futuro, con mayores perspectivas, será el encargado de hacer un balance de sus estropicios y de los frutos que ha dejado su gestión.

La Constitución como pacto y el Tribunal Constitucional

✍ LUIS LÓPEZ GUERRA*

1. La Constitución como norma

Una de las convicciones más arraigadas en la actual cultura jurídica, y ciertamente en la cultura jurídica española, es la relativa a la condición de la Constitución como norma. En el caso de España, esta convicción deriva posiblemente, tanto de la influencia de doctrinas elaboradas en otros contextos (particularmente el norteamericano)¹ como de la conciencia de la necesidad de superar el carácter en gran manera nominal de las Constituciones históricas, más abundantes en promesas y proclamaciones que en garantías de su cumplimiento. Sin duda esa convicción, reflejada tanto en la literatura constitucionalista como en la jurisprudencia y aun en la legislación, ha contribuido decisivamente a que, en el caso español, la Constitución sea en gran manera una realidad, y no solamente un programa de dudosa realización, pese a que en los momentos iniciales de su vigencia no faltaron opiniones favorables a ese carácter meramente programático.

1205

Ahora bien, aun cuando la consideración de la Constitución como norma ya es decir mucho (habida cuenta de experiencias constitucionales anteriores, propias y ajenas) tal consideración inicial requiere de algunas precisiones. Si la Constitución es una norma, ¿de qué tipo de norma se

* Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional de España.

1 Sobre esta cuestión es ya clásico el libro de GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

trata? El concepto de “norma” suele asimilarse intuitivamente al de “ley”, y ello es particularmente perceptible en lo que se refiere a la norma constitucional, que en muchas ocasiones es designada como “ley fundamental”. Sin embargo, valga afirmar ya (y ello se tratará de razonar en las líneas que siguen) que esta asimilación no resulta totalmente justificada, por cuanto que muchas de sus características son muy diferentes de las propias de la ley, dando a este concepto su sentido “técnico”, esto es, como fuente del Derecho específica y singularizada.

No todas las normas son normas legales. Hay otras diversas categorías de normas: normas consuetudinarias, que derivan de la repetición y de la convicción de su obligatoriedad; normas jurisprudenciales, que derivan de la doctrina consolidada de los Tribunales; normas que se originan de acuerdos contractuales (el contrato como “ley entre las partes”); normas, en fin, que se originan en la nebulosa de los principios generales del Derecho. Y cada tipo de normas presenta unas características propias, y sus propias peculiaridades en cuanto a su interpretación y aplicación, así como en cuanto a su posición en la jerarquía de fuentes.

1206

No resulta fácil catalogar la norma constitucional en una de estas categorías. Desde luego, la fórmula usual en la teoría constitucionalista consiste en atribuir la Constitución a la decisión del Poder Constituyente y, como consecuencia, la tendencia inicial en esa doctrina es la de asimilar la Constitución a la ley, en cuanto norma “puesta” por un acto formal de voluntad (frente a las normas consuetudinarias, jurisprudenciales, contractuales o derivadas de los principios generales del Derecho). La definición de la Constitución como “ley fundamental” o como “ley superior” es reveladora a este respecto. Ahora bien, esa asimilación (o al menos una asimilación total) no es, sin más, evidente en muchos supuestos; no sólo porque no todas las normas resultan forzosamente de expresiones unilaterales de voluntad², sino porque esa asimilación no sirve, en muchos casos para resolver problemas de interpretación (e incluso de justificación) de

2 Ver sobre esta cuestión OLIVECRONA, K. *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, pps. 74 y ssgs., capítulo “La voluntad del legislador”.

los mandatos constitucionales. Valga como ejemplo citar las cuestiones referidas al llamado derecho a la autodeterminación, o a la justificación de la jurisdicción constitucional. A alguna de estas cuestiones se hará referencia en las líneas que siguen.

Para comenzar, y en una aproximación inicial, la asimilación, en cuanto a sus características, de la norma constitucional a la norma legal, presenta varias dificultades. La norma constitucional posee una serie de peculiaridades que la singularizan. Valga señalar algunas de ellas. A pesar de tratarse de una norma que pretende sentar las bases del ordenamiento, suele ser una norma relativamente breve, lo que da lugar a que se la considere como un Derecho concentrado, en cuanto que sus previsiones deben ser aplicables a una amplia pluralidad de supuestos, y a que se estime que debe someterse a reglas propias de interpretación. Es, además, una norma voluntariamente incompleta, que se caracteriza por su continua remisión a otras normas (limitándose a establecer “têtes de chapitre” de los diversos sectores de ordenamiento). Se distingue, además, porque (al menos en las Constituciones “rígidas” que son hoy la regla) se trata de una norma que prevé su propia reforma, y establece las fórmulas para ello; aspecto éste que no deja de ser característico, en cuanto que, frente a la tónica general del resto de las normas jurídicas, que se establecen (con las naturales excepciones) con una voluntad intemporal, y como si fuesen para siempre, las Constituciones prevén su propia superación o incluso desaparición, en casos de “reforma total” como es el caso de la Constitución española. Y, vinculada a esta última característica, las Constituciones presentan otra peculiaridad que las diferencia netamente del resto del ordenamiento; su pretensión de supremacía, esto es de superioridad respecto del resto de las normas, sean legales, consuetudinarias, contractuales, jurisprudenciales o internacionales.

Basta una enumeración inicial de algunas de las características formales y materiales de la norma constitucional (y sobre todo a su definición como norma suprema) para intuir que no cabe, sin más, su asimilación a la ley o a alguna de las restantes fuentes del Derecho. Cabe suponer que se trata de una norma con una naturaleza propia, con unos efectos que le son específicos, y que requiere por ello un tratamiento individualizado en

cuanto a la delimitación del contenido y alcance sus mandatos, su interpretación y su aplicación.

2. Constitución y definición de la comunidad política

El objetivo expreso de los textos constitucionales es, por definición, organizar la comunidad política en sus elementos esenciales; ello incluye usualmente la determinación de las instituciones básicas, la distribución territorial del poder y las posiciones jurídicas garantizadas de los ciudadanos (derechos fundamentales). También suelen incluirse disposiciones referentes a los símbolos del Estado, y, más recientemente, a los valores y objetivos considerados como condicionantes e inspiradores de la actividad de los poderes públicos. La Constitución establece pues la “forma política” del Estado.

1208

Ahora bien, todas estas disposiciones, relevantes para la determinación de las características de la comunidad política, tienen sentido si, formal o implícitamente, se supone que existe una decisión previa e imprescindible: la de aceptar la existencia de esa misma comunidad, bien *ex novo*, bien como continuación de una ya existente. Carl Schmitt apuntó el siglo pasado la importancia de esta decisión previa, en cuanto supone una definición del nosotros frente al “otro” desde la perspectiva política (que puede llegar a ser una perspectiva existencial)³. Esta decisión comporta la misma definición, física y poblacional de la comunidad, bien en forma expresa⁴, bien en forma implícita, en cuanto da por sentado el mantenimiento de una comunidad política establecida con anterioridad. El artículo primero de la Constitución española de 1978, al disponer que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” parte ya de una decisión implícita, considerar que hay una comunidad política denominada España, determinada en cuanto a su extensión y

3 Carl SCHMITT, *El concepto de la política*, en *Estudios políticos*, Madrid, Doncel, 1975, 95-166, especialmente pps. 107 y ss.; del mismo, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1979, págs. 80 y ss.

4 Como es en muchas ocasiones el caso: ver, entre otros muchos ejemplos, arts. 9 a 29 de la Constitución de Honduras de 1982; arts. 10, 15 y 16 de la Constitución de Nicaragua de 1987; arts. 5 y 11 de la Constitución de la república Dominicana de 1966.

población. Y en la práctica, la decisión sobre la existencia de la comunidad y la decisión sobre el establecimiento en su Constitución de su forma política aparecen estrechamente interrelacionadas⁵. Valga recordar que se trata de decisiones colectivas, adoptadas por una multiplicidad de sujetos, que finalmente, y mediante esa decisión se constituyen en un “nosotros” al que puede denominarse “el pueblo” o formalmente, el “poder constituyente”.

La cuestión que se plantea es quién define y con qué criterios esa comunidad política. La respuesta ha sido en gran manera (al menos en Europa) hacer uso de la idea de identidad nacional. La decisión (expresa o implícita) sobre la existencia de una comunidad política se ha basado, en la mayoría de los casos, y progresivamente, en el concepto de nación. La existencia y extensión de una comunidad política vendrá determinada por la presencia de una comunidad natural, llámese “pueblo” o “nación”, comunidad natural de la que derivará ineluctablemente la comunidad política, sin que sea necesario usualmente acuerdo o decisión formal alguna: bastará el reconocimiento implícito del hecho nacional.

1209

Ahora bien, la experiencia muestra que en muchas ocasiones el reconocimiento, implícito o explícito, de una identidad nacional no es suficiente para explicar la formación y mantenimiento de comunidades políticas estatales. Desde luego, tal sería el caso en los supuestos de Estados plurinacionales, en los que se den claras divisiones étnico-culturales; el establecimiento de una comunidad política, más allá del hecho nacional, requerirá una voluntad consciente y expresa al respecto⁶. Las Consti-

5 La distinción formulada por las teorías pactistas clásicas, que distinguían entre un pacto social (la formación de la comunidad) y el pacto político (el establecimiento de la forma política de esa comunidad) no deja de ser artificiosa. La decisión sobre el establecimiento de una comunidad no puede considerarse, lógicamente, como un cheque en blanco, sino que dependerá en muchos casos de las características que esa comunidad adopte. (Ver sobre esta cuestión, TAJADURA, J., “El pacto social como límite a la reforma del acto constitucional” en ROURA, S. y TAJADURA, J.(dirs.) *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pps. 365-400).

6 Y si esa voluntad desaparece, lo mismo ocurrirá con la organización política. De esto último no faltan ejemplos en Europa, y baste recordar los casos de la Unión Soviética,

tuciones de Bélgica⁷ y Suiza⁸, por poner ejemplos europeos occidentales, reflejan una voluntad autónoma de mantenimiento de una comunidad política en supuestos de evidente división en grupos “nacionales” y lingüísticos. Y para tener en cuenta ejemplos de otros contextos, baste referirse a las Constituciones de Ecuador⁹, o de Bolivia¹⁰. En todos estos casos, difícilmente cabría ignorar que si hay una comunidad política es como consecuencia de un acto consciente de voluntad, y no del reconocimiento de la existencia de un grupo nacional “común”.¹¹

Pero incluso, y aún en presencia de sustratos “nacionales” comunes, la “voluntad de comunidad” (unida a la “voluntad de Constitución”) no puede darse por supuesta. Las diferencias de intereses socioeconómicos, pueden poner en tela de juicio, para muchos, la conveniencia de mantener una comunidad política compartida, y por ello, será necesario que se produzca una decisión al respecto, reflejada de una forma u otra en la Constitución, de manera que la misma existencia de la comunidad política aparezca como algo querido, y no meramente admitido como indiscutible. Tampoco faltan ejemplos de esta situación de Derecho constitucional comparado. La más antigua de las Constituciones, la de los Estados Unidos, se muestra como resultado de una decisión que ponía de acuerdo intereses contrapuestos (por lo menos los de los Estados del

Yugoslavia o Checoslovaquia; en estos países, simplemente, en algún momento desapareció formalmente la voluntad de mantener una organización política común

7 Art. 2 de la Constitución de Bélgica «*La Belgique comprend trois communautés: la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone*».

8 Es revelador el preámbulo de la Constitución, en que el pueblo suizo y los cantones expresan el deseo de “*convivir en unidad con respeto mutuo y en consideración de su diversidad*”.

9 Art. 1 de la Constitución del Ecuador.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (...)*.

10 Art. 1 de la Constitución de Bolivia (2009): *Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*.

11 Por el contrario, un conjunto inicialmente considerado “nacional” puede disolverse y dar lugar a una multiplicidad de Estados distintos. Valga recordar el artículo 1 de la Constitución española de 1812: “*La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*” y comparar esta afirmación con lo que ocurrió después.

Norte y del Sur) acuerdo que al romperse dio lugar al intento de disolución de la misma República y a la consiguiente guerra civil.

3. Pacto constitucional y principio democrático

La decisión (expresa o implícita) sobre la comunidad política se muestra así como elemento necesario de la Constitución. El concepto “absoluto”¹² de Constitución la considera como definición de (o decisión sobre) la comunidad política. Pero la Constitución es algo más, por cuanto también contiene una decisión sobre la forma política de esa comunidad. Y es evidente la importancia de esa decisión para la misma existencia de una comunidad política que haga posible la convivencia pacífica. En los ejemplos aducidos (Bélgica, Suiza, Estados Unidos), podría considerarse que la existencia de grupos (definidos por la nacionalidad, la religión, la lengua o los intereses económicos) separados geográficamente hace necesaria, para la misma creación de la comunidad política, una “voluntad de comunidad”, para excluir la posibilidad de dividir el territorio y la población y establecer comunidades políticas distintas en áreas separadas. Pero también es posible que, aun existiendo la conciencia de pertenecer a una nacionalidad común, la organización política (la “forma política”) no esté dotada de legitimidad para una parte de los miembros de esa comunidad, si rechazan de plano la fórmula política contenida en la Constitución. Ello ocurrirá en aquellos supuestos en que la profundidad de las divisiones en materia de ideología, religión, o similares, y la falta de una decisión compartida en cuanto a las características básicas de la organización política dé lugar a una fractura que haga imposible la misma convivencia civil, esto es, la misma existencia de una organización política dotada de legitimidad para sus miembros,¹³ aun existiendo la aceptación general de la existencia de una comunidad nacional.

1211

12 Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 80 y ss.

13 No se trata, obviamente, de aquellos casos en que una diferencia de concepciones socioeconómicas se ha traducido, como resultado de la llamada Guerra Fría, en la división de entidades estatales preexistentes. Tales casos, históricamente (Corea del Norte vs. Corea del Sur, Vietnam del Norte vs. Vietnam del Sur, Alemania Occidental frente a Alemania Oriental) no han dependido de voluntades propias, sino de imposiciones de la política internacional.

La decisión constituyente se refiere tanto a la misma existencia de la comunidad política como a la forma que adopta. Ahora bien ¿quién adopta esa decisión y cómo se adopta? En este aspecto, y si se parte como postulado esencial de la aceptación del principio democrático, no dejan de surgir cuestiones de cierta complejidad. Valga ya adelantar (y aquí reside una de las diferencias de la Constitución respecto de la norma legal) que difícilmente esa decisión puede ser resultado meramente de un acto de voluntad unilateral de un sujeto, incluso si se acepta su atribución formal al pueblo o al poder constituyente.

Ello resulta de que, aún aceptando el principio democrático, en esta materia la regla de la mayoría no es suficiente. El principio democrático implica que el proceso constituyente dará lugar a una Constitución que sea fruto del consentimiento de los ciudadanos. El procedimiento democrático usual en la adopción de decisiones consiste en seguir la opinión de la mayoría, expresada con las debidas garantías. Pero en el proceso constituyente, puede ocurrir que un pronunciamiento popular por mayoría no sea suficiente para legitimar democráticamente una Constitución, ni en lo que se refiere a la misma aceptación de la existencia de una comunidad política, ni en cuanto a la forma de organización que ésta adopte.

1212

Por una parte, por razones prácticas. Desde luego, si se quiere que la Constitución tenga la máxima capacidad integradora (esto es, si se quiere conseguir el máximo nivel posible de legitimidad, y de identificación con la fórmula política concreta de la comunidad) deberá buscarse el máximo consenso, y no sólo el consenso de una mayoría. Pero otras consideraciones son procedentes.

Debe tenerse en cuenta que en toda comunidad se configurarán sectores minoritarios, y más precisamente, sectores minoritarios que siempre estarán destinados a serlo, por su misma definición (minorías no solo nacionales, sino también raciales, lingüísticas, culturales, religiosas o de cualquier otro tipo). La integración en la comunidad política de una minoría de este tipo implica el peligro de que sus intereses, y su propia identidad queden sometidos a las decisiones de una mayoría ajena y quizás hostil. La regla democrática de la mayoría no les sería útil. Por ello, si se quiere mantener el principio democrático, la integración

de una minoría en una comunidad política con una fórmula política concreta exigirá una garantía de defensa de sus propias características, o al menos de aquéllas que se estimen como irrenunciables, incluso frente al resto (mayoritario) de la comunidad. En otras palabras, ello supone que la integración de una minoría en la comunidad política necesitará de un pacto o acuerdo que asegure su posición frente a las mayorías. Por tanto, en esos supuestos la definición constitucional de la fórmula política deberá integrar, como parte de su mismo concepto, un aspecto o elemento pacticio o contractual: no necesariamente formalizado (aunque puede que la Constitución asuma esa forma) pero sí traducido en determinadas disposiciones que, al garantizar la protección de las minorías, permita su integración e identificación en una comunidad, pese a que, estructuralmente, vayan a encontrarse, en forma continua, en una situación de desventaja.

Es admitida sin dificultad la necesidad de que la Constitución sea resultado de un amplio consenso¹⁴. En sociedades con un alto nivel de integración política y homogeneidad nacional, este consenso no tiene por qué revestir un carácter contractual, al provenir de una voluntad común, explícita o implícita. Pero en sociedades con una mayor fragmentación (territorial, ideológica, económica, religiosa) el elemento contractual de la Constitución puede resultar de importancia crucial. El acuerdo constitucional (que puede versar únicamente sobre la forma política del Estado, o también sobre la misma existencia y definición de la comunidad política) puede ser, en la práctica, y según los casos, más o menos amplio, y referido a cuestiones muy distintas; pudiera hablarse de Constituciones más o menos contractuales. Y ello difícilmente puede considerarse opuesto al principio democrático; por el contrario, es el acuerdo o pacto sobre la integración en la comunidad el que hace posible que el principio democrático sea efectivo en la toma de decisiones que todos se comprometen a aceptar.

¹⁴ Para un análisis de la Constitución como “consenso fundamental”, ver J.J. GOMES CANOTILHO, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004, págs. 104-105, con especial referencia a John RAWLS.

4. Manifestaciones del elemento pacticio en la Constitución

Como es obvio, la concepción pactista expuesta no responde a la doctrina clásica del Derecho constitucional. Siguiendo las conocidas líneas apuntadas por Sieyès, la teoría usual considera a la Constitución como expresión de la voluntad de un sujeto, el denominado poder constituyente (o, a veces, “poder constituyente originario”) al que se concibe como un ente individual (el Rey) o colectivo (la Nación, el pueblo) que decide, unilateralmente, sobre la existencia de la comunidad política y su ordenación. En la teoría democrática, ese poder constituyente singularizado se atribuye usualmente al pueblo, como sujeto último de la soberanía. Y la Constitución, como resultado del proceso constituyente se concibe como expresión de la voluntad de ese poder, ostentando una posición de superioridad normativa, en virtud del principio de jerarquía, al ser la voluntad del constituyente superior a la de los poderes constituidos.

1214

No obstante, no cabe excluir que la toma en consideración de un (eventual) elemento contractual en la Constitución puede ayudar al análisis de cuestiones problemáticas que muchas veces se plantean respecto del sentido de algunas cláusulas constitucionales, de su interpretación, e incluso de su misma justificación, a la luz del principio democrático. No hay por qué suponer, como se ha apuntado, que en todo caso, la Constitución como un todo sea resultado (formal o informalmente) de un pacto, ni que todos los mandatos constitucionales tengan un origen contractual, y sean explicables desde esa perspectiva; pero no es difícil verificar que, dentro de muchos textos constitucionales, hay mandatos a cuya comprensión e interpretación esta perspectiva puede resultar necesaria, o al menos, de utilidad.

4.1. Elemento contractual y forma de adopción de la Constitución

La presencia de un elemento pacticio o contractual en la norma constitucional (que hace que ésta no sea, o sólo sea parcialmente, una manifestación unilateral de voluntad del poder constituyente) se hace visible, en algunos supuestos, en la misma forma de establecimiento de la Constitución. Desde luego, una mayoría de Constituciones, al menos

en la época actual, tiene o parece tener su origen en un acto de voluntad autónomo, como expresión de una decisión adoptada por la colectividad política, bien directamente, bien por medio de representantes, sin referencia expresa (ni siquiera en Constituciones de tipo federal) a acuerdos o pactos constituyentes. Ahora bien, ello no excluye que, a pesar de esa fórmula constituyente de tipo unilateral, se contengan en muchas Constituciones mandatos y disposiciones que reflejan un carácter pactado, bien entre entidades con base territorial, bien entre grupos sin ese carácter, definidos por otras notas, de tipo económico, ideológico o de otra naturaleza. Ello independientemente del carácter federal o unitario de la organización territorial, si bien, como es obvio, este tipo de cláusulas se hacen más evidentes en los sistemas de tipo federal: ya se citó el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos. Cabe preguntarse en estos casos si esa decisión colectiva, que se atribuye a (toda) la comunidad política no presenta peculiaridades que la confieren un carácter específico, de tipo contractual, que la distinguen claramente de las normas “legales”.

1215

Más allá de estos supuestos de pacto implícito, (y dejando de lado formas ya periclitadas, o claramente excepcionales como las Constituciones basadas en la costumbre o en la Convención, o las Constituciones que surgen de un acto de voluntad, digamos “heterónomo”, fuera de la voluntad de los afectados; como en el caso de las Cartas otorgadas por el poder real como la Carta francesa de 1814, o el Estatuto Real de 1834), pueden señalarse algunas formas expresas de establecimiento de la Constitución como resultado de un acuerdo o pacto que busca asegurar la posición institucional de las partes contratantes. En algunos casos, las constituciones pueden provenir formalmente, de pactos o acuerdos entre sujetos muy diversos, como en el caso del constitucionalismo “doctrinario”¹⁵. En algún supuesto, la Constitución resulta de un acuerdo formalmente

15 Por ejemplo, la Constitución española de 1845, que comienza manifestando: “*Doña Isabel II por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española Reina de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que (...) hemos venido, en unión y acuerdo con las Cortes actualmente renovadas, en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía española...*” Es ya clásico, sobre esta materia, el libro de DIAZ DEL CORRAL, L. *El liberalísimo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Ver SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit. pps.

internacional, pero que refleja también un pacto entre colectividades definidas territorialmente dentro del Estado; se trata aún de un caso singular, pero que parece que tendrá proyección en el futuro¹⁶.

Pero más allá de las fórmulas constitucionales, y traspasando el velo de las apariencias formales, un análisis de la realidad de los procesos constituyentes puede llevar a conclusiones sobre la `presencia (a veces determinante) de elementos pacticios o contractuales en el texto constitucional. Y ciertamente el caso de proceso constituyente español entre los años 1977 y 1978 parece llevar a esa conclusión.

4.2. Pseudo compromisos constitucionales

Una manifestación indicativa de la presencia de una negociación bi- o multilateral en el proceso constituyente, que lo caracterice, siquiera en parte, como una búsqueda de pactos o acuerdos (para no emplear el término más formal de “contrato”) podría ser la inclusión en el texto constitucional de cláusulas constitutivas de lo que se ha llamado “falsos compromisos” o “compromisos apócrifos”. Se trataría de fórmulas que tratan de resolver confrontaciones profundas entre grupos o interese en presencia en el proceso constituyente, pero que representan en realidad una falsa solución o solución meramente nominal, dejando, por así decirlo, las espadas en alto. Se ha puesto de manifiesto la presencia en la Constitución española de “soluciones” de este tipo, mediante técnicas como la remisión a un legislador futuro de la regulación de materias en las que no es posible llegar a una acuerdo, o bien mediante el empleo de fórmulas tan vagas (o incluso anfibológicas) que en realidad no puede deducirse de ellas una decisión concreta sobre la materia de que se trata. Ejemplo de la primera técnica sería la empleada en el art. 27 9 de la Constitución, en

16 Así, la Constitución de Bosnia Herzegovina es el anexo n. 4 de un acuerdo internacional, el Acuerdo de Dayton, firmado por La república de Croacia, la republica de Bosnia Herzegovina y la República Federal de Yugoslavia el 21 de noviembre de 1995. Valga también tener en cuenta el caso de la Constitución del Imperio Alemán de 1871, resultado de una serie de tratados entre los diversos Estados alemanes preexistentes. Para este tema, y para la a veces difícil distinción entre una Constitución y un tratado internacional (con referencias al frustrado proyecto constitucional europeo) ver DIEZ-PICAZO, L. M. *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pps. 90-92.

la delicada cuestión del apoyo público a la enseñanza privada¹⁷; ejemplo de la segunda, tempranamente señalado, sería la referencia constitucional al derecho de huelga del art. 28.2 constitucional, que se refiere a “los intereses” de los trabajadores, resolviendo en teoría así la confrontación entre las versiones amplia y estricta (puramente profesional) del derecho (HERRERO, 87). Este tipo de fórmulas no tiene por qué ser considerada como técnicamente incorrecta, o patológica. Su presencia, por el contrario puede ser síntoma de una voluntad de Constitución (bien en el sentido absoluto, de voluntad de mantenimiento de una comunidad política, bien en el sentido de voluntad de mantener o crear una fórmula política de organización) a pesar de la existencia de desacuerdos puntuales en determinadas materias. La aceptación de esas fórmulas por los diversos sectores integrantes del pacto constitucional deriva de su misma imprecisión, imprecisión que permite una comprensión inicialmente diversa de su significado, y, por ello, el mantenimiento de una apariencia de acuerdo que hace posible una formalización de ese pacto constitucional¹⁸. En todo caso, la presencia de estos compromisos apócrifos muestra que en la práctica, y en algunos aspectos, el texto constitucional aprobado formalmente como manifestación unilateral de voluntad del poder constituyente no integra una decisión sino más bien una no-decisión. No decisión que supone implícitamente, el reconocimiento de la existencia de “partes”-en el proceso constituyente que no se ha puesto de acuerdo sobre una cuestión concreta, pero que pactan una remisión a acuerdos futuros, en aras del mantenimiento de un acuerdo global, siquiera incompleto.

1217

4.3. Elemento contractual y garantía institucional

Otra manifestación indicativa de la existencia de un carácter pactado del proceso constituyente, y en consecuencia de la inclusión de

17 “*Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca*”

18 Para una aplicación de esta fórmula al caso español, ver el artículo de M. HERRERO DE MIÑÓN, “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1979, págs. 73 y sgs. HERRERO (desde una perspectiva crítica respecto del texto constitucional) se remite a las consideraciones de SCHMITT al respecto en su *Teoría de la Constitución*.

cláusulas contractuales en el texto constitucional, podría ser la presencia en ese texto de lo que se ha denominado “garantías institucionales”; esto es, de cláusulas que aseguran la existencia de instituciones u organizaciones, de carácter tanto público como privado, y su indisponibilidad por el legislador, al menos en lo que se refiere al núcleo que caracteriza su identidad. Estas cláusulas no son asimilables a la parte orgánica de la Constitución (por cuanto que no definen expresamente sus elementos constitutivos) ni tampoco son exactamente asimilables a los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos¹⁹. El carácter “borroso”(y a veces confuso) de este tipo de cláusulas hace que en ocasiones sean difícilmente identificables o explicables por una decisión del constituyente. Sin embargo, sí se prestan a una explicación en cuanto manifestación de un pacto destinado a garantizar la posición de grupos actual o potencialmente minoritarios frente a eventuales mayorías.

1218

No faltan ejemplos en la Constitución española de este tipo de garantías institucionales que protegen una institución, “blindándola” por así decirlo frente al legislador mayoritario. Un ejemplo podría ser la previsión del artículo 16.3 que establece que los poderes públicos mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica, (*nominatim*) y las demás confesiones. La cooperación con la Iglesia Católica aparece así garantizada especialmente, colocando a esta institución en una posición diferenciada y asegurada frente a otras confesiones, con las que sólo eventualmente deberá cooperar el Estado²⁰. No es necesario un conocimiento exhaustivo de la Historia de España para percibir que esta cláusula es el resultado de un pacto entre las dos tendencias tradicionales en la política española, la confesional y la laica: aún sin recurrir a los trabajos parlamentarios, todo el artículo 16 aparece así como el resultado de una negociación entre ambas tendencias. Más evidente aún es el caso de la Disposición Adicional

19 Sobre esta cuestión (también propuesta por SCHMITT), ver por ejemplo, BAÑO LEON, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(1988), 155-179.

20 Para la garantía institucional de la posición de la Iglesia Católica, ver REY MARTINEZ, F. “¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?” en *Revista jurídica de Castilla y León*, 27(2012), 1-32, especialmente p. 6.

Primera, referente al reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales. Esta garantía institucional (que asegura esos derechos, sin especificar su contenido) sólo es comprensible si se tiene en cuenta no solo las características de la historia española, sino la circunstancias específicas del proceso constituyente y, como complemento, las posteriores aprobaciones del Estatuto de Autonomía del País Vasco y de la Ley vasca de territorios históricos²¹. Este bloque de normas sólo es comprensible si se concibe como un pacto sobre el grado de autonomía de los territorios vascos, entre posiciones maximalistas historicistas (los derechos históricos como previos y superiores a la Constitución) y las posiciones radicalmente legalistas (los derechos históricos como estrictamente concesiones constitucionales).

5. La interpretación de las cláusulas contractuales en la Constitución

De estas consideraciones se deriva la necesidad de tener en cuenta aquellas propiedades de la norma constitucional que la singularizan respecto de otro tipo de normas, y especialmente del *genus proximus*, la ley, a la que no parece pueda asimilarse sin más. Y entre tales propiedades diferenciadoras de la Constitución se encuentra, como se ha visto, la presencia en ella de mandatos cuyo origen radica en un pacto, explícito o implícito, entre sectores o grupos diversos, destinado a posibilitar la integración, en la comunidad política, y en la fórmula política adoptada por la comunidad, de sectores potencial o actualmente minoritarios. Esos mandatos se configurarían así como cláusulas contractuales de la Constitución, y su justificación derivaría, no (o no sólo) de la voluntad del constituyente, sino del acuerdo entre las partes contratantes, sean éstas definidas por la nacionalidad, la lengua, la religión o cualquier otra característica que las convierta en estructuralmente minoritarias, o las ponga en serio peligro de serlo. En consecuencia, si se adopta una

1219

21 Sobre la D.A 1ª, ver LAPORTA, F., y SAIZ ARNAIZ, A., *Los derechos históricos en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; CORCUERA, J., y GARCIA HERRERA, M. A. *La constitucionalización de los derechos históricos*, Madrid, CEPC, 2002; LOJENDIO IRURE, J. M., *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, Oñati, IVAP, 2008.

perspectiva contractual, la superioridad de la Constitución no derivaría ya sólo de una supuesta mayor legitimidad del poder constituyente, sino del principio de *pacta sunt servanda*.

La consideración de la Constitución (o de alguna de sus cláusulas) como resultado de un pacto constituyente supone relevantes consecuencias en cuanto a la interpretación de su texto. En este punto es necesario distinguir la interpretación de los mandatos de la Constitución como cláusulas contractuales de la interpretación de los mandatos contenidos en una norma con las características de la de ley. Pues si en este último tipo de interpretación el texto literal del mandato aparece como elemento fundamental de la interpretación, para determinar la voluntad del legislador (con todos los matices que son del caso), dejando en un segundo lugar (o incluso, en algún supuesto, excluyendo) otros elementos interpretativos, en la interpretación de las cláusulas contractuales de la Constitución, precisamente esos elementos, secundarios en la interpretación de la ley, cobran decisiva importancia. Pues, como resulta de la misma naturaleza de todo contrato, para verificar la voluntad de las partes contratantes, aparte del texto normativo, otros elementos pueden ser fundamentales: entre ellos, y como señala el Código Civil, “*para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*”²². Desde la consideración de la Constitución como ley, en términos generales, el mandato del constituyente se produce, por así decirlo, en un momento único, determinado, y queda plasmado en el texto de la Constitución. Pero en lo que se refiere a la interpretación de las que pudieran denominarse cláusulas contractuales, no caber olvidar que se trata de acuerdos entre partes que, a diferencia del poder constituyente, siguen manteniéndose como sujetos políticos o sociales en activo. Por ello, la conducta de las partes, en aplicación de las cláusulas contractuales de la Constitución, representará un elemento interpretativo de considerable relevancia, en cuanto interpretación auténtica, y expresiva de la voluntad de esas partes al establecer el texto constitucional.

22 Art. 1282 del Código Civil.

En términos concretos, si el pacto constitucional se ha celebrado entre los representantes de colectivos asentados territorialmente, esto es, de entes territoriales, la conducta de estos representantes, en aplicación del pacto, ofrecerá luz sobre el sentido que esas partes daban al texto constitucional en que se plasmaba ese pacto. Si esos sujetos están de acuerdo en que el texto constitucional pactado debe interpretarse de cierta manera, esa será la interpretación adecuada, por auténtica.

6. Enfoque contractual y cuestiones de justificación democrática del Tribunal Constitucional

La toma en consideración del carácter contractual de la Constitución (o más precisamente de algunas de sus cláusulas) permite explicar (y desde una perspectiva valorativa, justificar) algunas características de la Constitución especialmente problemáticas en la teoría constitucional. Una de las cuestiones que suelen plantearse es la de la justificación de que el instrumento activo del control de la constitucionalidad de las leyes y garante de la superioridad constitucional se configure como un Tribunal, desprovisto de legitimidad democrática, o al menos con una legitimidad de ese tipo de segundo o tercer orden. En efecto, aún admitiendo la superioridad de la Constitución sobre las leyes posteriores, ¿por qué habría de estar mejor cualificado para interpretar la Constitución y determinar la contradicción entre ésta y una norma legislativa un Tribunal con nula o escasa legitimidad democrática, que una Asamblea representativa de la voluntad popular y más cercana, por lo tanto, a los deseos del pueblo cuando desempeñó la función constituyente? En términos simples, esta objeción podría resumirse en la cuestión de cómo se justifica que un órgano desprovisto de legitimidad democrática directa esté en mejores condiciones para interpretar la Constitución y elaborar un juicio de constitucionalidad que una asamblea democráticamente elegida²³. La cuestión se refiere, pues, tanto a la legitimidad del Tribunal (en comparación con

1221

23 Un profundo tratamiento de este tema puede encontrarse en V. FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

la Asamblea) como a la mejor capacitación del Tribunal a la hora de interpretar la Constitución.

Pues bien, a esta objeción puede contestarse desde una perspectiva que tenga en cuenta el elemento contractual de la Constitución, o al menos, de algunas de sus normas que asuman este carácter. La introducción, mediante el procedimiento legislativo ordinario, de un mandato en contradicción con alguna de esas normas supondría en principio una alteración unilateral del pacto constitucional, fuera de las reglas previstas para esa alteración. El problema que plantea una norma opuesta a las cláusulas contractuales de la Constitución es, esencialmente, un problema procedimental: el pacto constitucional ciertamente puede alterarse, pero de acuerdo con los procedimientos específicos previstos que impliquen la intervención formal o informal, de las partes del acuerdo. No se trata, pues, de oponer dos legitimidades democráticas distintas (la legitimidad democrática de la Constitución y la legitimidad democrática de la ley). La anulación de una norma legislativa de ese tipo no vendría justificada por su oposición a una norma “más democrática”, sino porque viene a alterar de forma inapropiada el pacto constitucional. La vía correcta sería la prevista en la misma Constitución, esto es, la reforma constitucional. En consecuencia, la actividad de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional es, en la práctica, una actividad de control del procedimiento seguido para la aprobación de normas. El Tribunal Constitucional, como se ha puesto en ocasiones de manifiesto²⁴, al declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, tendría una función similar a la del guardavías en una línea férrea, consistente en señalar la vía que debería haber seguido la norma anulada, para poder ser aprobada legítimamente²⁵. No se protegería, en estos casos una voluntad popular superior, sino la buena fe y el principio de cumplimiento de los contratos.

24 Sobre esta cuestión, ver las referencias de V. FERRERES COMELLA a los trabajos de FAVOREU y VEDEL, en *Constitutional Courts and Democratic Values, A European perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, p. 105.

25 Me remito a este respecto, a mi artículo “La reforma constitucional. Elementos formales y materiales” publicado en las XXVI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, La reforma constitucional, Madrid, 2005, págs. 515-520.

Como consecuencia, en estos casos, no surge la cuestión de la legitimidad democrática del Tribunal a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una norma interpretando la Constitución. El Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una ley por contradicción con los términos de una cláusula contractual, no se basa en la superior legitimidad de la Constitución sobre la ley, ni trata de hallar la “auténtica” voluntad del constituyente; simplemente constata que se están alterando los términos de un pacto recogido en la Constitución, sin que se haya seguido para ello el procedimiento establecido. No cabe, en este aspecto, afirmar (como a veces se hace, en posición crítica frente a la función del Tribunal) que el Parlamento, en cuanto representante del mismo pueblo que aprobó la Constitución, está mejor cualificado que un órgano jurisdiccional para determinar cuál era esa voluntad. Pues ya no se puede hablar de una auténtica voluntad del pueblo (sino de un pacto o acuerdo de voluntades) ni hay ningún motivo para suponer que una Asamblea esté técnicamente más cualificada para precisar cuáles eran los términos de un contrato constitucional. A falta de las partes que lo acordaron, parece que será un órgano en principio imparcial el más adecuado para fijar el contenido de esos términos.

1223

7. Tribunal Constitucional y cláusulas contractuales en la Constitución

Como ya se apuntó más arriba, una regla general de los contratos es que son las partes de los mismos quienes deben interpretarlos; y si esas partes, como resulta de sus manifestación expresa, o de su actuación, están de acuerdo con una interpretación concreta, esa será la interpretación “auténtica”, en cuanto manifestación directa de la voluntad de las partes al concluir el pacto o contrato. Si hay acuerdo de las partes, no cabe que ese acuerdo se vea sustituido por la opinión de un tercero, que vendría a establecer la auténtica voluntad de las partes...en contradicción con lo expresado por éstas.

En el plano del desarrollo de la Constitución, resulta de ello que si los autores del compromiso constituyente establecen de mutuo acuerdo la forma en que ese compromiso debe traducirse en el ordenamiento en

aplicación de la Constitución, será forzoso aceptar que la interpretación que se lleva a cabo se sitúa dentro de la voluntad de la Constitución. En efecto, esa voluntad será la de los autores del pacto constitucional y del subsiguiente pacto de desarrollo.

Si este pacto existe, parece evidente que el papel del Tribunal Constitucional se verá notablemente afectado, en el sentido de no tener mucho margen de actuación a la hora de decidir sobre la interpretación de la Constitución en el caso. La relativa amplitud de la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional (por vía del recurso directo, de la cuestión de inconstitucionalidad o mediante un recurso de amparo que conduzca a una auto cuestión) hace posible que, pese a haberse llegado a un acuerdo entre las partes del proceso constituyente sobre el desarrollo y la interpretación de la Constitución, su resultado sea sometido al Tribunal Constitucional, para que éste decida si tal interpretación se adecua a la voluntad de la Constitución.

1224

Parece claro que, en términos lógicos, difícilmente el Tribunal Constitucional podría llegar a una interpretación de un pacto distinta de la efectuada por los autores del mismo, quedando su margen de actuación reducido a cuestiones conexas sin incidencia directa en el acuerdo alcanzado de desarrollo constitucional. De otra forma, el Tribunal se pondría en lugar de los constituyentes materiales.

8. Enfoque contractual y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Si nos atenemos a algunos razonamientos iniciales del Tribunal en lo que se refiere a una visión “contractualista” de la Constitución, cuando ésta ha sido empleada por las partes ante él, no resulta, aparentemente, que acepte esta posición. La cuestión de si la Constitución es un pacto se suscitó ante el Tribunal Constitucional al menos en dos ocasiones; por un lado, con motivo de la Ley vasca de Territorios Históricos; por otro, con motivo de la declaración del Parlamento Catalán en relación con la soberanía de Cataluña. En ambos casos el Tribunal manifestó expresamente que la Constitución no es el resultado de un pacto entre entidades políticas preconstituidas que pudieran invocar unos derechos superiores

y anteriores a la Constitución, sino el resultado de la voluntad del pueblo español²⁶. Ahora bien, tal pronunciamiento no excluye de raíz cualquier interpretación pactista. El acuerdo de los constituyentes relativo a la ordenación del Estado fue un acuerdo entre fuerzas políticas que representaban a sectores sociales de ámbito, por un lado, estatal, y por otro territorial. Ello permite diferenciar esta situación de la contemplada por el Tribunal Constitucional en las sentencias arriba mencionadas, en que el Tribunal declara que la Constitución no puede considerarse como el resultado de un pacto. Pues esa declaración se refiere, como resulta del texto de las Sentencias en cuestión, a la inexistencia de un pacto entre entidades o comunidades políticas preexistentes; y ciertamente tal era el caso en la España de 1978, ya que ni el País Vasco ni Cataluña constituían entidades de ese tipo, ni por tanto vino a crearse mediante la Constitución una entidad política nueva, resultado de pacto entre organizaciones territoriales. Otra cosa es que el proyecto aprobado referendariamente versara sobre un acuerdo entre grupos políticos que asumían la representación de sectores de mayor o menor amplitud. Y sobre lo que se pronunció el pueblo español en referéndum fue precisamente sobre la fórmula de acuerdo propuesta por esos grupos políticos, es decir, sobre una Constitución que incluía esas fórmulas.

1225

26 Para una mejor comprensión e este matiz, se reproduce parte del Fundamento jurídico, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1988 (caso Ley de Territorios Históricos): “El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 C.E.) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones «históricas» anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma Disposición adicional primera C.E. y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia”. Una crítica de esta decisión del Tribunal Constitucional puede encontrarse en el discurso de ingreso de HERRERO DE MIÑON, M., ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Idea de los derechos históricos*, Madrid, RACMP, 1991,

De hecho, en su jurisprudencia (al menos hasta 2010), el Tribunal Constitucional adoptó una actitud de cierta prudencia en lo que se refería a la existencia de un pacto territorial; tal sería el caso al menos en lo que atañe a Cataluña y el País vasco. En forma general, cuando se han planteado reclamaciones ante el Tribunal sobre materias básicas del pacto territorial en que las partes del pacto constituyente (esto es, Estado y las dos Comunidades Autónomas) hubieran llegado a un acuerdo, explícito o implícito, respecto a la aplicación de la Constitución, el Tribunal mantuvo, hasta esa fecha, la constitucionalidad del acuerdo en cuestión. Tal sería el caso en lo que se refiere al pacto territorial, al menos en lo que atañe a Cataluña y el País Vasco. Así habría ocurrido, por ejemplo, y en lo que se refiere a Cataluña, en una materia especialmente delicada, en la sentencia sobre la Ley de Normalización Lingüística del Parlamento de Cataluña²⁷. Valga recordar que esa ley suponía un desarrollo del proceso autonómico, y que había sido aprobada por las Cortes, con el voto afirmativo de los partidos nacionalistas catalanes; por otro lado, ningún grupo parlamentario había introducido recurso alguno de inconstitucionalidad, pero se había elevado una cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo. En el curso del procedimiento, tanto el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, como la representación de la Generalidad de Cataluña, se pronunciaron en favor de la constitucionalidad de la ley; y tal fue la línea seguida por el Tribunal, que no se apartó de la interpretación de la Constitución efectuada por los que habían sido parte en su elaboración.

Otro ejemplo de esta posición de prudencia seguida por el Tribunal pudiera ser, respecto del País Vasco, la ya citada sentencia respecto del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca de Territorios Históricos²⁸ en que hubo de pronunciarse sobre una de las más evidentes cláusulas “abiertas” de la Constitución, la Disposición Adicional Primera, relativa a los derechos históricos. La Ley vasca suponía la traducción al ordenamiento legal de esa previsión constitucional, a la luz del Estatuto de Autonomía del País Vasco, Estatuto que habría confirmado, por lo que afectaba a Euskadi, el pacto constitucional. El acuerdo al respecto

27 STC 337/1994.

28 STC 76/1988.

por parte de la instituciones del Estado resultaba implícitamente, de la ausencia de todo recurso por parte del Gobierno, y explícitamente, de la actuación del Abogado del Estado, en representación del Gobierno, en el curso del procedimiento. Este se inició a raíz de un recurso de inconstitucionalidad presentado por cincuenta y cinco senadores pertenecientes a la oposición parlamentaria; frente a tal recurso, presentaron sus alegaciones en favor de la constitucionalidad de la ley los representantes del Parlamento vasco y del Gobierno de la nación. El Tribunal, aun partiendo de la teoría clásica de la Constitución como voluntad unilateral del poder constituyente, y aún rechazando (como se indicó más arriba) que fuera un pacto entre entidades políticas preexistentes, vino a confirmar la interpretación de la Constitución efectuada por las instancias nacional y autonómica, confirmando la constitucionalidad de la Ley.

Una excepción notable a esta línea de respeto hacia los acuerdos en desarrollo de la Constitución formalizados entre quienes fueron partes en el proceso constituyente, puede encontrarse, como es bien sabido, en la discutida Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, que declara la inconstitucionalidad de diversos apartados del Estatuto de Cataluña de 2006. Como es notorio, el Estatuto fue aprobado primeramente por el Parlamento de Cataluña; fue igualmente aprobado, tras una profunda revisión, por las Cortes Generales, y sometido a referéndum en el ámbito de la Comunidad Autónoma catalana. La sentencia del Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados.

1227

Sin duda, la cuestión que se planteaba se refería a la interpretación de disposiciones constitucionales que eran parte básica del acuerdo sobre la estructura territorial del Estado alcanzado en el período constituyente. Y sin duda también, la interpretación en que se basaba el Estatuto de Autonomía aprobado era la acordada por las partes en ese período, esto es, los representantes de lo que podríamos llamar “intereses generales del Estado” (esto es, las Cortes Generales)²⁹, por un lado; y por otro, los

29 Debe recordarse, en todo caso, que formaba parte de las Cortes Generales el grupo parlamentario de Convergencia y Unió así como otros representantes del nacionalismo catalán.

representantes de los intereses de la Comunidad Autónoma (el Parlamento de la Comunidad y el pueblo de la misma pronunciándose en referéndum). En consecuencia, el rechazo de la adecuación de esta interpretación por parte del Tribunal Constitucional era equivalente a una desautorización de la opinión de quienes habían suscrito el acuerdo constituyente inicial. En otras palabras, el Tribunal venía a sustituir, por la suya, la interpretación de un acuerdo efectuada por los autores del mismo.

Las críticas a la actuación del Tribunal se han referido en algún caso, a su misma intervención, desde la perspectiva de que el control de la constitucionalidad del Estatuto quedaba fuera de sus atribuciones, ya que la Constitución encomendaba ese control al poder legislativo.³⁰ Desde luego, la consideración de los Estatutos como “normas pactadas” podría servir como base de tal consideración, y especialmente si se tiene en cuenta que el estatus jurídico de Cataluña fue elemento básico del acuerdo constituyente. En consecuencia, no resultaría absurdo considerar que el ordenamiento constitucional y estatutario establece un mecanismo específico de control de la reforma de los Estatutos de Autonomía, y que ese control, de acuerdo con lo previsto en artículo 152.2 de la Constitución, del Estatuto de Autonomía de Cataluña en su versión vigente en el momento de la reforma, correspondería a las Cortes Generales, y no al Tribunal Constitucional. Sin embargo, no fue tal ni la posición adoptada por los defensores de la constitucionalidad del Estatuto, ni del Tribunal Constitucional, de forma que este tema no fue objeto de decisión alguna explícita por parte del Tribunal.³¹

Al decidir sobre el fondo del caso, no deja de llamar la atención que un aspecto, sin duda relevante, como es el relativo al procedimiento

30 Ver sobre este tema, Enric FOSSAS ESPADALER, “El control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Catalana de Derecho Público*, 43 (2011) pps. 1-19.

31 Debe recordarse en todo caso, que las normas referentes a la jurisdicción constitucional no dejan de ser ambivalentes a este respecto: si bien no se excluye la posibilidad de recursos de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía (y de hecho se han admitido en algún caso) sí se excluye, desde 1988, la posibilidad de la presentación de recursos previos de inconstitucionalidad. FOSSAS ESPADALER, *cit.* p.

de aprobación del Estatuto, no figura como factor relevante a tener en cuenta por el razonamiento del Tribunal. No se da pues importancia al hecho de que el Estatuto hubiera sido aprobado con el acuerdo de la partes interesadas –Estado y Comunidad Autónoma– mediante la intervención, primero, del Parlamento de la Comunidad Autónoma, después por las Cortes generales (como representantes del Estado) y finalmente por el pueblo de la Comunidad Autónoma mediante referéndum. El hecho de que la estructuración territorial del Estado (al menos en referencia a Cataluña) hubiera sido el resultado de un acuerdo constituyente; el que las partes de ese acuerdo hubieran sido los defensores en ese proceso de los intereses generales del Estado por un lado, y las fuerzas políticas representantes de los intereses de la minoría territorial por otro; el que el Estatuto de Autonomía representara la traducción de ese acuerdo; y el que las partes interesadas (Estado y Comunidad Autónoma) estuvieran de acuerdo en cuanto a la interpretación que habría que dar al pacto constitucional no parece haber sido tenido en cuenta por el Tribunal. Este se ha centrado en su interpretación de la literalidad del texto de la Constitución (buscando la voluntad constitucional como algo desligado del proceso constituyente) sin tener en cuenta la existencia de un acuerdo constitucional, y la coincidencia en su interpretación de las partes de ese acuerdo. El Tribunal lleva a cabo su razonamiento desde la supuesta voluntad unilateral del constituyente, sin dedicar la necesaria atención a quiénes y cómo habían llegado a reformulación de una norma de origen pactado, como era el Estatuto de Autonomía.

La reforma constitucional en España: esperando a Godot

✍ AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA*

1. Introducción

La reforma constitucional no ha sido, como no podía ser menos, un tema ajeno a las preocupaciones doctrinales del profesor Roberto Romboli. Desde siempre hemos sido conscientes los constitucionalistas europeos de la íntima relación entre la teoría de la reforma y la propia teoría de la Constitución, y del cambio que en ambas se produjo tras la Segunda Guerra Mundial. Probablemente no hemos reflexionado tanto sobre las implicaciones que para nuestra idea de la reforma constitucional conlleva el cambio en un concepto de Constitución “adecuado”, parafraseando a Hesse, a nuestros tiempos. En todo caso, en el tema de la reforma, los constitucionalistas españoles, como en múltiples otros aspectos de nuestra materia, aprendimos y seguimos aprendiendo de una literatura jurídico-constitucional y de una tradición, de un “mos italicus”, de la que el profesor Romboli, es sin duda, a la vez, uno de sus mejores herederos y uno de sus miembros más significativos.

1231

El tema de la reforma creo que es, no obstante, especialmente adecuado para este homenaje al profesor Romboli. Al fin y al cabo, la reforma constitucional no sólo ha sido uno de los temas centrales en los últimos tiempos en Italia sino que muestra como pocos esa “actitud”

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca con Premio Extraordinario de doctorado. Profesor Titular de Derecho Constitucional en esa misma Universidad y director del Departamento de Derecho Público General desde el 2011.

del profesor ante el derecho constitucional y el estado democrático que cualquiera que lo conozca con una cierta proximidad no puede dejar de admirar. Siguiendo también en esto al profesor Pizzorusso, Roberto Romboli ha ejercido su magisterio en el derecho constitucional no solo con una ejemplar modestia y con una lucidez y claridad excepcional en una obra amplia y diversa, sino que ha entendido que el derecho constitucional es también un instrumento de control del poder político y que los constitucionalistas, por tanto, tenemos en ocasiones la obligación de tomar partido ante la opinión pública cuando se encuentren en juego aspectos sustanciales del sistema democrático. Su postura ante el último intento de reforma constitucional en Italia da fe de una vocación intelectual que no rehúsa la “lucha por el derecho”, dentro de la mejor tradición italiana. Que la Constitución vigente puede ser en ocasiones el mejor baluarte ante una época incierta como la que vivimos, que, como sugirió Camus, en ocasiones lo más progresista puede ser la defensa de las libertades sólidamente establecidas, es una lección que el profesor Romboli recibió de su maestro y que deberíamos saber aprender en España en momentos como los actuales y en temas como el de la reforma constitucional.

2. Las dificultades materiales para una reforma constitucional en España

2.1. ¿Por qué “casi” no hemos reformado nuestra Constitución?

No deja de producirse en España una cierta “aporía de la reforma”, en virtud de la cual muchos autores mantienen que es necesario reformar la Constitución y al mismo tiempo creen que ello es actualmente inoportuno, muy difícil o directamente imposible. En este sentido quizás no convenga olvidar que, como ya apuntó agudamente Arias Maldonado, “si la reforma es hoy necesaria pero imposible, nada sería más deseable que poder decir algún día que se ha vuelto posible pero también innecesaria” (2018). En todo caso, el debate sobre la ausencia de reformas corre el peligro de volverse circular y terminar constituyendo un “bucle melancólico”. Esperamos “la reforma” como si fuera un nuevo Godot constitucional, y no “las reformas”, en un fenómeno con más explicación política que estrictamente

jurídica, en una postura de cuyos peligros nos advirtió ya el profesor Rómboli al reflexionar sobre la obra de PIZZORUSSO (2017, p. 69).

En esta colaboración al homenaje del profesor Rómboli no se pretende, obviamente, responder a todos los interrogantes sobre el ejercicio de la reforma constitucional en mi país. Tan sólo se intentará explicar las posibles causas por las que la reforma constitucional ha sido tan escasísimamente llevada a la práctica en España en los últimos cuarenta años, y por qué, a nuestro juicio, los procedimientos de reforma establecidos en nuestra Constitución y casi nunca llevados a la práctica, pueden implicar el riesgo de que las necesarias reformas encallen en una conflictividad jurídica previsible si aparecen en el horizonte un tipo de reformas que no gocen de una aceptación partidista prácticamente general, lo que al día de hoy no resulta inverosímil.

La crisis económica y social de finales de los 2000 comenzó a hacer perceptible una crisis de representatividad política que ha terminado acarreado notables consecuencias en el sistema de partidos y en la dinámica política del país. Comenzó a aparecer en ese momento una ingente literatura jurídica, no sólo, sobre la reforma sino, ante todo, sobre las reformas constitucionales por acometer. Una literatura que se insertaba bien dentro de un ambiente político y cultural en el que las demandas de mejora del ordenamiento constitucional se mezclaban con las muy distintas denuncias globales hacia un pretendido “régimen del 78”.

1233

La crisis en Cataluña lo cambió todo o, en todo caso, pasó a dominarlo todo. La crisis territorial ha sido de tal entidad que resulta hoy imposible referirse a la reforma constitucional, a sus posibilidades y a sus contenidos, sin tener en cuenta esta realidad. La institución de la reforma adquiere ahora un relieve y una transcendencia político-constitucional que antes no tenía. Los “lugares propicios” para la reforma, los tiempos, las iniciativas y los compromisos necesarios adquieren otros significados. También los riesgos e, incluso, la reflexión sobre la mera posibilidad u oportunidad de la reforma. La actual pandemia y la nueva crisis económica completan el marco en que debe moverse cualquier reflexión sobre el tema.

Pero cualquiera que sea la perspectiva que adoptemos, persiste la pregunta de por qué no se ha reformado la Constitución de 1978 o, más exactamente, de por qué se ha reformado tan poco; y la respuesta quizás pueda, en parte, servir para identificar los factores que continúan dificultando en la actualidad cualquier reforma. Probablemente sea posible discernir cuatro grandes motivos por los que la reforma sigue siendo, en palabras de Pérez Royo, “una asignatura pendiente” de nuestro sistema constitucional (2003).

1234

En primer lugar, la idea de que para iniciar el proceso de reformas debería contarse previa y posteriormente con un nivel de consenso igual o mayor que el de la Constitución del 78 (HERRERO, ROCA, GUERRA, 2018, p. 49, 73, 98) es obvio que no ha facilitado, ni facilita, llevarlas efectivamente a cabo. Es innecesario, por evidente, remarcar la conveniencia de que las reformas constitucionales gocen del mayor consenso posible, una exigencia que se deriva del propio concepto de la Constitución como pacto que forma parte nuclear de la teoría de la constitución de la posguerra. Pero detrás de la maximización de esta exigencia en el caso español también se encuentra frecuentemente la idea de la reforma como adaptación obligada a las nuevas circunstancias y absolutamente consensual, y en este sentido fuera de la contienda política. La Constitución del 78 es, al fin y al cabo, un reflejo de la Transición y de los grandes pactos políticos conseguidos entonces, que contaron además en su momento con un altísimo consenso que resultó refrendado al aprobarse la norma. La fe en el derecho de aquel entonces, la fe en la Constitución, sólo puede entenderse desde la identificación que se produce en la opinión pública entre el respeto a la Constitución y la implantación definitiva de la democracia. El pacto político estabilizaba fuertemente un sistema político que a su vez se pretendía estable de cara al futuro, y en donde el sistema electoral y el sistema de partidos, junto con su modelo de financiación y la concreta forma de gobierno parlamentaria se conjugaban al unísono para primar la gobernabilidad sobre la participación o el pluralismo. La permanencia del valor simbólico, casi taumatúrgico, de la Constitución compensaba el coste de no realizar un tipo de reformas que se entendían conceptualmente como reformas técnicas, como reformas de adaptación. Lo que no dejaba de traslucir un profundo pesimismo político vital sobre las

posibilidades de las nuevas generaciones, como subrayó hace ya tiempo el profesor RUBIO LLORENTE (2005, p. 28). La legitimidad política de la transición se transmitía al texto constitucional y de ahí que un historiador como Santos Juliá pueda mantener que la propia Transición es hoy ante todo un tema político y no histórico (JULIÁ, 2017, p. 12). Así, desde el punto de vista de la teoría de la Constitución se producía otra de las múltiples paradojas típicas de la reforma constitucional en España. La Constitución se ha mantenido “inalterada” más por lo que representaba, por su valor simbólico, que por su valor como ordenación jurídica concreta. Un valor de integración que en nuestro caso quedaba conectado históricamente con la integración de las dos Españas, y también con una solución integradora para el problema territorial.

Actualmente, sin embargo, parece generalizarse la percepción de que ambos pactos, el histórico y el político se encuentran en crisis. El pacto histórico entre las dos Españas ha perdido relevancia en el siglo XXI, ante todo para las nuevas generaciones, gracias precisamente al éxito de convivencia democrática que ha supuesto estos cuarenta años de vigencia del Texto constitucional. El pacto político sobre el Estado del bienestar sustentado por una sociedad de clases medias, surgida en parte antes de la Transición y que apostó por la norma, se enfrenta hoy a retos evidentes. El pacto territorial, por su parte, ha saltado por los aires a finales del 2017. Ante la crisis de este valor simbólico de la Constitución, que es una crisis profunda también de su valor integrador, se recurre a la retórica. Se pasa de Hesse a Hirschman y por doquier florecen esas retóricas de la intransigencia que denunciara el autor, y ante cualquier posible reforma inmediatamente se echa mano de la tesis de la futilidad, de la perversidad o del riesgo (1994). Detrás de todo ello se esconden no sólo razones de obvia prudencia política, sino también algo más profundo, el temor a replantearse algunos aspectos del pacto constitucional ante la posibilidad de no poder volver a “cerrarlo” (PÉREZ TREMP, 2018, p. 9).

Existe un segundo motivo por el que la reforma ha sido, desde el punto de vista del derecho comparado, inusitadamente infrecuente. Lo apunta Fernando Rey cuando denuncia que la clase política, los poderes políticos, se han acostumbrado a vivir en muchas ocasiones en la

“paraconstitucionalidad” en cuanto a comportamientos y valores (2013). Parafraseando a John Lennon, el “tiempo constitucional” era eso que pasaba mientras los políticos estaban haciendo otra cosa. Sin comportamientos manifiestamente inconstitucionales, incompatibles con un estado de derecho, olvidémonos ahora del problema catalán, lo cierto es que la clase política se ha acostumbrado a actuar al margen de determinados cánones éticos y democráticos que van más allá del mero respeto formal a la norma jurídica fundamental. Más allá, o más acá, ahora también del fenómeno de la corrupción, todo ello ha contribuido en cierta medida a convertir en algunas ocasiones a nuestra Constitución en una constitución “inattuata” en un sentido algo distinto al que pretendía CALAMANDREI (2013). Los partidos políticos han optado, pues, en ocasiones por “vadear” la Constitución en vez de reformarla, por aprovechar los claroscuros de la norma y de su desarrollo legal para disminuir la fractura entre norma y realidad social en su propio beneficio. La ausencia de reformas, en este sentido, no sale gratis (GARCÍA ROCA, 2018, p. 505). En términos políticos, es perfectamente perceptible un cierto “declive” del modelo constitucional inicial, traducible en una pérdida de eficacia jurídica de la Constitución para regular efectivamente la vida política, y una importante deslegitimación del Estado de partidos y de su articulación de la representación política (PÉREZ ROYO, 2015, p. 33).

Existe un tercer motivo, importante y conocido, que explica la ausencia de reformas constitucionales. No se han llevado a cabo muchas reformas constitucionales porque en el fondo no era estrictamente necesario reformar el Texto. Nuestra Constitución nace comparativamente tarde y por ello desde muy pronto se ve inmersa en las profundas transformaciones que sufren todas las constituciones de su entorno como consecuencia del fenómeno de integración europeo y de la progresiva articulación de un sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales (GARCÍA ROCA, 2017, p. 505, MUÑOZ MACHADO, 2016, p. 243, FERRAJOLI, 2018). A ello hay que añadir un elemento estrictamente nacional, la consolidación de un modelo territorial, la conocida “constitución territorial” en expresión de Cruz Villalón, marcada por su carácter abierto y dinámico, desarrollada en base al principio dispositivo y articulada a través de grandes pactos políticos y de la

constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el “estado jurisdiccional autonómico” del que hablara el profesor Aragón. Todo ello ha dado lugar a enormes mutaciones en el ordenamiento constitucional bien conocidas y estudiadas por la literatura iuspublicista española. Un verdadero “terremoto” normativo que va más allá del propio papel del Tribunal Constitucional, muy relevante, en la definición y evolución de nuestro modelo. Se ha producido por otra parte una progresiva pérdida de la centralidad de la Constitución dentro del conjunto de normas jurídicas y ordenamientos que afectan al ciudadano español, pero ante todo una pérdida progresiva de centralidad del propio texto que recuerda cada vez más a aquella concepción americana que entiende al derecho constitucional y a la propia constitución como un conjunto de prácticas y pronunciamientos tan sólo lejanamente asociados al texto originario. En definitiva, en el mundo jurídico-constitucional los vacíos también se ocupan y la interpretación y la mutación han cumplido un papel lógico dado el sistema y la concepción de la Constitución vigente (ALBERT y BERNAL, 2016).

1237

En todo caso, ni el hecho de que la reforma no fuera en principio tan necesaria porque gran parte del cambio y de la adecuación a las nuevas circunstancias ya se había realizado a través del Tribunal Constitucional o de nuestra integración en nuevos y más complejos ordenamientos, ni la fuerte idea consensual de la Transición y de la Constitución hubieran bloqueado de tal modo el ejercicio de la reforma si no fuera por un factor clave añadido, que en cierto modo se convierte, como señaló el profesor Rubio Llorente, en el “nudo gordiano” de esta materia: la indefinición constitucional sobre la cuestión de la homogeneidad o heterogeneidad en la división territorial del poder (2014, p. 163). De hecho, la causa de que no se hayan producido reformas trascendentes en el texto constitucional español se debe principalmente a la impotencia de muchos de nuestros representantes para, como diría el mismo autor, “ir más allá del compromiso dilatorio alcanzado en la Constitución de 1978 (2015, p. 14). Como es sabido, para este autor existe una relación central entre las características del desarrollo de nuestro proceso autonómico y la reforma constitucional, o entre rigidez y apertura de nuestra Constitución en términos dogmáticos. Ya en los inicios de la década

de los noventa, con los pactos políticos de esa época ya alcanzados pero aun sin iniciarse el proceso de reformas estatutarias, mantendrá que la Constitución había estado concluida una decena de años, pero que se trataba de una conclusión provisional, de hecho, “el proceso constituyente oculto durante algunos años ha vuelto aflorar como un Guadiana político, y así es porque así lo quisieron los autores de la Constitución” (2012, p. 819) y añadirá, “naturalmente no podemos dejarlo abierto, como se ha hecho en los últimos años, la tentación de la inactividad es tanto más fuerte cuanto que con ella no solo nos ahorramos decisiones más complejas y particularmente difíciles, sino que podemos concentrar nuestros esfuerzos en tareas aparentemente más urgentes y menos graves. Lo malo es que, dada la estructura de nuestra Constitución, esta solución, más precisamente el olvido del problema, es radicalmente inestable” (2012, p. 820). Por ello “la cuestión de concluir la Constitución se ha de resolver en la gran cuestión pendiente desde el comienzo: la de si todas las Comunidades Autónomas han de gozar del mismo nivel de autonomía, o si por el contrario, han de perpetuarse las diferencias competenciales entre ellas. Ambas opciones son constitucionalmente posibles”. (2012, p. 823). En el 2008, y tras el fracaso del proyecto de reforma constitucional del 2006, reconocerá que había sido demasiado optimista. Para Rubio Llorente “ni el proceso constituyente había concluido ni la constitución puede darse por acabada hasta que, con la reforma del título VIII no se cierre la apertura que permite el cambio sin reforma” (2012, p. 831). La causa de que la reforma sea una empresa difícil, cuyo logro sería “una hazaña memorable”, “solo quien además de profesor fuera idiota podría pasar por alto la magnitud de esta dificultad” llegará a decir en otro artículo (2009, p.39), es un obstáculo político y no jurisdiccional, “la firme voluntad de singularidad de unas Comunidades Autónomas y la no menos firme de otras de no tolerar singularidad alguna que no sean las que resultan de los “hechos diferenciales” (2009, p. 39). Por tanto, mantiene el autor, “el reto es de tal magnitud que los constituyentes han dejado a otros la tarea de superarlo”. Se trata pues “de un enfrentamiento que, al haber asumido ya las Comunidades Autónomas su máximo nivel competencial posible, se sitúa ya en un plano distinto, en donde sin duda el efecto disgregador

puede acentuarse” (2012, p. 832). Solo se superaría la situación “prescindiendo del principio dispositivo, y optando por la simetría o la asimetría como principio básico”. Únicamente salvando este escollo sería nuestra constitución “efectivamente reformable” (2012, p. 832). En definitiva, para uno de nuestros más notorios constitucionalistas, testigo directo, cuando no protagonista, del desarrollo constitucional en muchas sus fases, en España reformar era en parte constituir. Y esa será la clave, o una de las claves, que han dificultado o directamente impedido la realización de la reforma, de las reformas. Por un lado, parecía dar la impresión de que a través de los pactos políticos podía de nuevo eludirse la explícita decisión sobre la homogeneidad o no del sistema, como en el 78, siendo entonces la reforma un instrumento no solo innecesario sino incluso contraproducente políticamente. Por otra parte, sin embargo, este mismo planteamiento impedía cualquier iniciativa de reforma constitucional, privando al sistema de un elemento básico de relegitimación.

1239

La relación entre las indefiniciones básicas del modelo territorial del poder y el bloqueo de la reforma como institución constitucional se revela también en el hecho de que sólo en el momento en que este modelo va a ser parcialmente redefinido, aparecerá de nuevo la reforma en la agenda política española. El “antirevisionismo” y el “santo temor a la reforma” que denunciara Alzaga en 1996 (p. 79) van a ser abandonados en menos de una década, cuando la reforma de algunos aspectos de nuestra Constitución se incorpore al programa presentado para su investidura por el presidente Zapatero, a la vez que se tramitaba la reforma estatutaria catalana en un paralelismo que no por sabido resulta menos paradójico. Se planteaba así una reforma constitucional sobre algunos aspectos no estrictamente centrales del sistema en el momento en que, a su vez, se realizaba una operación que afectaba de lleno al diseño de la constitución territorial del Estado, pero que eludía en esta materia de nuevo la reforma expresa del Texto.

Pero más allá de las dos reformas constitucionales llevadas a cabo y de su posible transcendencia (BIGLINO, 2013, p. 65) y más allá también del fracaso de la “non nata” reforma del 2006 (BELDA, 2008), lo cierto

es que el “nudo gordiano” continuó sin desatarse, y la compleja relación entre indefinición del modelo territorial e institución de la reforma puede vislumbrarse también como parte del telón de fondo de la larga crisis constitucional catalana.

2.2. ¿ Por qué es difícil que reformemos en el corto plazo nuestra Constitución?

En España, pues, se habla mucho de reforma constitucional pero se reforma poco. La historia de la utilización de este mecanismo de adaptación del texto a la evolución de la sociedad, garantizando a su vez la supremacía normativa de la Constitución es, en el fondo, la historia del permanente fracaso del constitucionalismo histórico español para integrar voluntades políticas a la vez que se garantizaba la continuidad del ordenamiento. La historia de la incapacidad para entender la dinámica entre poder constituyente y poderes constituidos, para convertir, en definitiva, a la institución de la reforma en un mecanismo de evolución fisiológica del orden constitucional y no en una manifestación patológica de ruptura. Y tiene mucho que ver, en último término, con la difícil reafirmación del principio democrático en nuestra historia. Cuando tras la aprobación del Texto constitucional de 1978 aparecieron los primeros estudios sobre la misma, el panorama sin embargo había cambiado (DE VEGA, 1985, PÉREZ ROYO, 1987). España se incorporaba a lo que, en el sentido de Judt (2016) se podría denominar constitucionalismo de la posguerra, y la reforma constitucional jugaba en estos contextos un nuevo papel. Más poder constituido que constituyente, dentro de su ambigua naturaleza, la reforma pasaba a concebirse ante todo como garantía del nuevo pacto constitucional, como mecanismo de estabilización frente al cambio. En definitiva, como instrumento de continuidad. No es extraño pues que en este contexto se produzca una devaluación de las connotaciones políticas de la reforma y que, como mantuviera algún autor, “la reforma, mas que estudiada, en cuanto tal instituto, de manera autónoma, es una suerte de apéndice, y no de los más problemáticos, por cierto, dentro de la investigación sobre la interpretación de la Constitución” (PÉREZ ROYO, 1996, p. 433). En España además, esta visión dogmáticamente mitigada de la reforma, propia de la doctrina constitucional comparada de la época

(RUBIO, 2009, p. 25, HOFFMANN, 2012, p. 330) se refuerza con muy positiva valoración del momento constituyente, de la Transición, lo que conduce a una actitud de profunda desconfianza ante la institución, a la que se concibe como mera adaptación al cambio, mientras que, al mismo tiempo y paradójicamente, se exigen para llevarla a cabo consensos políticos cuasiconstituyentes (ALZAGA, 2008, p. 56, y 2019).

En todo caso, que no se haya producido en España, en términos comparados, un ejercicio normal del poder de reforma dice tanto sobre las dificultades del mecanismo de reforma en España como sobre la parálisis en que se mantiene el sistema constitucional en su conjunto. Pero puede suponer un aviso también del peligro que existe de “italianizar”, aquí para mal, el tema de la reforma constitucional. Como acertadamente ha señalado el profesor Rómboli, existe una peligrosa y inextinguible relación dialéctica entre retórica reformista, ingeniería institucional e inmovilismo político (PANIZA y RÓMBOLI, 2016). Una relación mucho más peligrosa en nuestro caso, en donde más de cuarenta años después de aprobado el texto constitucional nos encontramos ante una de las mayores crisis constitucionales de nuestra historia reciente.

1241

Lo que es evidente es que no parece que existan muchas dudas en la literatura jurídica española sobre la necesidad de proceder a ciertas reformas del Texto del 78. Parece también más o menos claro el posible abanico de temas susceptibles de reforma, aun cuando, lógicamente, no lo sea el del sentido ni el del número de estos (RUIZ RICO, PORRAS, REVENGA, 2017, ÁLVAREZ CONDE, ÁLVAREZ TORRES, 2017, FREIXAS, CAVARA, 2016 y 2017, GARCÍA ROCA, 2014, MUÑOZ MACHADO, 2017, Bilbao 2019). Sería imposible apuntar siquiera aquí los principales rasgos de esta discusión doctrinal. Me gustaría en todo caso subrayar tan solo algunas cuestiones básicas sobre el sentido del debate.

En primer lugar, el hecho de que, como ha recordado entre otros Pérez Royo, es necesario revitalizar el principio de legitimidad democrática de nuestro sistema constitucional a través de la reforma (PÉREZ ROYO, 2018, p. 526). El objetivo primordial, pues, debe ser más la relegitimación del sistema que la garantía de la supremacía de la Constitución

(MUÑOZ MACHADO, 2017). En segundo término, es necesario subrayar que no se trata tanto de conseguir llevar a cabo una reforma que cumpla la función de adaptar el texto a las nuevas circunstancias, sino que se trata de una reforma en donde decidamos sobre dos cuestiones centrales: el de la organización territorial del Estado y el de la calidad de nuestro sistema democrático (CARRERAS, 2017). Ambas responden a la doble crisis en que se encuentra en gran parte sumido nuestro ordenamiento constitucional. Y hay más de un motivo para pensar que ambas cuestiones pueden ir juntas, pero que la primera es la trascendental, lo que no quiere decir que deba, o que pueda, afrontarse en primer lugar. De hecho, quizás el problema de fondo en este tema sea el de que hay que hacer tres cosas distintas, pero sustancialmente relacionadas, y que para ello se necesitan, políticamente hablando, consensos distintos. Se trata, por un parte, de tomar una decisión casi constituyente sobre si equiparar o no a nuestras Comunidades Autónomas en el ámbito competencial y político, dando además una respuesta que resulte aceptable a la mayoría de la sociedad catalana. Tenemos, en segundo lugar, que realizar una reforma que articule jurídicamente esta decisión dentro del sistema general de distribución territorial del poder y que contemple algunas decisiones sobre nuestro sistema democrático; y en tercer lugar deberíamos de realizar una puesta al día, un “aggiornamenti”, una “manutenzione” cómo diría la doctrina italiana (PANIZZA y RÓMBOLI, 2016, p. 10) de aspectos concretos del Texto constitucional.

Todo ello implica ser conscientes de las nuevas funciones que puede cumplir la reforma, de su nuevo significado en una situación político-constitucional como la que vivimos, muy distinta de la realidad existente cuando comenzamos a fijar la imagen jurídica de la misma. Implica optar por un entendimiento de la reforma como instrumento de política constitucional más que como adaptación del ordenamiento a las nuevas situaciones, con el problema evidente de acentuar sus elementos constituyentes frente a los constituidos. Se trata de decidir también si la reforma debe de entenderse como proceso que genere una dinámica de innovación y apertura, una cierta práctica constitucional, que permita después afrontar mejor el problema catalán (GARCÍA ROCA, 2014,

p. 21), o si la reforma no tiene sentido si no se aborda desde un primer momento este problema, a pesar de la evidencia de que a día de hoy resulta casi imposible encontrar una solución a nivel constitucional si la gran mayoría de los partidos y de los votantes nacionalistas continúan en posiciones independentistas (ÁLVAREZ JUNCO, 2018, p. 505). No parece que en esta situación pueda subordinarse cualquier reforma a una solución previa satisfactoria de la crisis catalana. Pero también es cierto que no se puede olvidar que hoy el problema no está tanto en los elementos insatisfactorios de nuestro sistema autonómico, en su “fracasado éxito” (TUDELA, 2016), sino en la situación político-constitucional en Cataluña, que lo condiciona todo. Y la reforma sólo tendrá éxito si es aceptada en Cataluña. En un momento políticamente muy difícil, la reforma de la Constitución implica el intento de establecer un nuevo pacto territorial. No estamos en el 2006, han pasado muchas cosas. Las reformas estudiadas por el Consejo de Estado son hoy tan necesarias como ayer pero no son la clave para solucionar el problema en Cataluña. Y lo particular del problema de la reforma respecto a Cataluña, su paradoja, es que se trata en parte de realizar la reforma de una “no decisión constitucional” y que, por ello, la reforma tiene que ser una decisión (PÉREZ ROYO, 2003, p. 225). Y en este tipo de reforma el consenso debe encontrarse previamente al referéndum. Es un consenso que debe ser forzosamente muy amplio, que no puede, por tanto, excluir a una parte del espectro político del país, y que implica también necesariamente un pacto político (HERRERO DE MIÑON, 2013, p. 234 y 2016, p. 99), que por otra parte no obtendrá ningún resultado si no se cumple lealmente. Y todo ello no será fácil en tiempos de pandemia y de nueva crisis económica, en tiempos más propios para el populismo o la radicalización. En tiempos en que la posible reforma no ocupará un lugar central, previsiblemente, en la nueva agenda política. Frente a las posibles reformas se trata pues de buscar la reforma “posible”. Tendrá que ser además una reforma que aun así no goce seguramente del mismo consenso que la Constitución y que probablemente sea además una reforma parcial, que deberá acompañarse de múltiples medidas normativas y políticas. En definitiva, en la mejor de las hipótesis, nos encontraremos

inmersos en un proceso político-constitucional, más allá de la concreta reforma constitucional, que será, ante todo, como nos enseñó Friedrich, dinámico y naturalmente inestable.

En el tema de la reforma queda por apuntar una última paradoja. La de la enorme literatura jurídica generada sin la existencia de una iniciativa formal de reforma. No está claro cuando va a coincidir el momento de los expertos con el momento político de las reformas, pero siempre se entendió que iniciar la reforma es una decisión política que la doctrina puede preparar u orientar, ya lo ha hecho en gran parte, pero no suplir. Falta aun el impulso político que permita posteriormente el análisis concreto sobre un texto. Al fin y al cabo, habría que ser no solo profesor sino idiota, parafraseando al profesor Rubio Llorente, para no saber que la imaginación política es infinitamente más fecunda en este campo que la imaginación académica. Y mientras este impulso ni siquiera se haya materializado sólo cabe pensar que, en España, en temas de reforma, la mejor postura es la del título de un libro de poemas de Ángel González, “sin esperanza, con convencimiento”, porque, en último término, y como ha recordado Miguel Roca, el problema central de la reforma escapa al derecho, depende en el fondo de la capacidad de una mayoría parlamentaria muy amplia de acordar y erigir un proyecto constitucional. Y, hoy en día, esa mayoría de consenso no se vislumbra en el horizonte político de nuestro país.

Mantiene Sloterdijk que los nuevos tiempos se caracterizan por pasar “de la búsqueda de la solución a la búsqueda del alivio”, por la pelea entre lo admirable, “mirabile”, y lo probable, “verosimili” (2018, p. 87). Es en este contexto en el que hay que entender, con Häberle, que las reformas no solo son reflejo, sino también proyecto, que no son únicamente intentos de adaptar la Constitución a las circunstancias sino, ante todo, intentos de “mantener la Constitución a la altura de los tiempos” (HÄBERLE, 2017, p. 63) que es cosa bien distinta, y que por ello quizás, y a pesar de las dificultades actuales, deberíamos atender a la advertencia formulada hace ya tiempo por el profesor De Vega, cuando insistía en que en toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la Constitución o reformarla (DE VEGA, 1985, p. 83).

3. Las dificultades formales para una reforma de la Constitución en España

3.1. Consideraciones generales sobre el procedimiento de reforma constitucional

El procedimiento regulado en el Título X de la Constitución española ha sido objeto ya lógicamente de abundantes análisis doctrinales, y su valoración crítica depende, en gran medida, de cuales sean los aspectos analizados. En todo caso, probablemente sea bueno subrayar que este procedimiento adquiere un sentido distinto para quienes remarcen la condición de Poder Constituyente del poder de reforma, que para quienes insisten en su consideración de poder constituido constituyente (DE CABO, 2002, p. 29). La acentuación de una u otra visión, que parece responder a una mera especulación teórica, adquiere sin embargo relevancia a la hora de posicionarse ante problemas centrales del mismo que en ocasiones no se encuentran previstos en el ordenamiento positivo, y de ahí, por ejemplo, las distintas respuestas al tema de los límites de la reforma o a la de su control jurisdiccional.

1245

Otra mínima reflexión cabría realizar sobre el uso y abuso del procedimiento en las dos reformas constitucionales efectivamente realizadas hasta el momento. La utilización de la modalidad de la lectura única y la urgencia en el procedimiento de reforma, así como su paso en ambos casos sin ninguna modificación por el Senado, son un fiel reflejo de una concepción meramente instrumental de la reforma, de una cierta degeneración “partitocrática” en el uso, bien escaso por lo demás, de la misma. Un rasgo que se acentuó en la última reforma, cuya constitucionalidad procedimental avaló implícitamente el Tribunal Constitucional, pero cuyo sacrificio de cualquier elemento de debate político o de la opinión pública en aras de la rapidez ha sido casi unánimemente criticado por la doctrina, dada además la importancia de la reforma (ARANDA ÁLVAREZ, 2012, p. 389). Y todo ello con un daño no menor, y en un momento política y socialmente crítico, a la propia categoría de la Constitución como norma jurídica suprema indisponible por los partidos políticos. De ahí la paradoja de que por una parte se mantenga una concepción prácticamente taumatúrgica del pacto constitucional del 78,

que ha contribuido a dificultar las posibilidades de la reforma, y que, por otra, cuando se realiza la única reforma de trascendencia, se transmita la imagen de que esa misma Constitución se encuentra a disposición casi exclusiva e inmediata de los líderes de los entonces dos partidos claramente mayoritarios.

Una tercera reflexión tendría inevitablemente que ver con las notables ambigüedades del procedimiento de reforma y de su posterior desarrollo en los reglamentos de las Cortes. Una ambigüedad que, como ha subrayado la mayoría de la doctrina, puede suponer claras disfunciones en los procesos de reforma que se realicen en el futuro. De hecho, cabe pensar muy seriamente si la primera reforma constitucional que debe llevarse a cabo no es precisamente la del procedimiento de reforma constitucional (TAJADURA, 2018, p. 165, VERA, 2016, p. 13, CONTRERAS, 2017, p. 59). Y no solo por motivos de seguridad jurídica y de eficacia, sino también a la luz de una concepción más dinámica de la reforma que puede corresponderse con su posible práctica en el futuro. En definitiva, más allá de repensar algunos de los elementos olvidados en cierta medida por la literatura jurídica, como, por ejemplo, los tiempos de la reforma, su plazo de tramitación en el Senado o la capacidad de la Mesa o de la Junta de Portavoces para marcar los plazos, o las posibilidades de bloqueo y fracaso de la reforma por el juego entre las mayorías requeridas y la intervención casi paritaria del Senado y del Congreso, o la utilización de técnicas de “filibusterismo” en torno a la facultad de enmiendas o a la capacidad de retirar la iniciativa según su tipo, parece indudable, en todo caso, que la clave para juzgar, y reformar, los procedimientos actuales probablemente se encuentren en la idea de que en el futuro no resultará extraña una reforma constitucional que goce de un apoyo muy importante, pero que genere una minoría política disconforme significativa, lo que implicará seguramente que el texto reformado sea sometido a referéndum y por tanto termine siendo objeto de un fuerte debate en la sociedad. Las consecuencias que, en un juego de mayorías y minorías como el supuesto, puede acarrear una regulación de la reforma como la que tenemos, ambigua hasta el extremo en algunos de sus puntos esenciales, parecen fácilmente previsibles. Existe el riesgo de que el procedimiento mismo acabe convirtiéndose en un laberinto jurídico que exaspere el enfrentamiento

político y en donde terminen embarrancando las posibilidades de llevar a cabo cualquier reforma. Es desde este punto de vista desde el que se mantiene la necesidad de reformar y racionalizar el propio procedimiento de reforma antes de proceder a cualquier otro cambio constitucional sustantivo. Y puesto que para ello será necesario, evidentemente, un consenso político y jurídico amplísimo, cabe pensar que resultará más factible articularlo en torno a un tipo de reforma no excesivamente ambiciosa, que se centre en la mejora de las garantías jurídicas de las minorías, que establezca un procedimiento claro y sencillo y que colme las importantes lagunas jurídicas existentes aportando seguridad jurídica.

3.2. La iniciativa de la reforma constitucional

Aun cuando el tema de la iniciativa de la reforma no resulta tan central como hace un siglo, es cierto, como afirma el profesor Requejo, que a quien se le otorga facultad dispone de la capacidad de cuestionar efectivamente el orden constitucional (2009, p. 2754). La realidad es que hoy los partidos políticos relevantes, a través de la mayoría que sustenta al gobierno o de la oposición parlamentaria, y lo mismo podría decirse en el nivel autonómico, dominan de facto esta facultad. No obstante, probablemente tenga razón el profesor Bilbao Ubillos (2019, p. 71) al mantener que la prohibición de la iniciativa de reforma popular en nuestro ordenamiento puede pecar hoy en día de exceso de cautela, si bien no conviene olvidar que detrás de bastantes de las iniciativas legislativas populares presentadas se encuentran los partidos políticos, por lo que previsiblemente no sería otra la realidad de la iniciativa popular de reforma. En todo caso se entendería mejor la exclusión de esta iniciativa si el artículo 167 previera un referéndum obligatorio al final del procedimiento, y es que la intervención directa del pueblo quizás tenga más sentido no el principio sino al final del proceso.

1247

Dentro de un nuevo sistema de partidos, la siempre relegada iniciativa parlamentaria de reforma puede adquirir un nuevo significado. En el marco de una reforma no totalmente consensuada, de una posible “reforma de mayoría”, la iniciativa de la reforma no resulta políticamente neutral, y de hecho hemos asistido en los últimos tiempos a un cierto juego sobre posibles reformas e iniciativas de reforma constitucional que

ha terminado convirtiendo a la reforma en materia casi obligada de los programas electorales. Como una más de las paradojas de la reforma cabe entender también, que las únicas iniciativas de reforma en tramitación efectiva desde la última reforma del 2011 fueran una iniciativa presentada por la Junta del Principado de Asturias para reformar entre otras cosas la propia iniciativa de reforma constitucional y una propuesta de reforma constitucional, presentada por el Grupo Mixto del Congreso y el Grupo de Unidos Podemos, para reformar el artículo 135 de la Constitución, esto es, para reformar lo reformado. Con el aumento del pluralismo político parlamentario podría incluso producirse una iniciativa de reforma constitucional de “oposición” ante gobiernos minoritarios. Semejante iniciativa cambiaría de facto el sentido de la reforma que adquiriría una dimensión de decisión-opción política más acusada y en parte desconocida hasta el momento. No parece, sin embargo, que cuando efectivamente existe la posibilidad de presentar una iniciativa de reforma al margen de los grandes partidos nacionales, como es el caso de la iniciativa conferida a las Comunidades Autónomas, esta haya jugado un papel brillante, destacando más bien por su clamorosa ausencia, cuando lo que está en juego es un verdadero rediseño constitucional de la distribución territorial.

La atribución de la iniciativa al gobierno parece lógica desde el punto de vista del sistema parlamentario y su función de dirección política. Pero en todo caso quizás sea necesario distinguir entre el “proceso de reforma” entendido en un sentido político-constitucional amplio y el procedimiento de reforma en sentido estricto. De esta forma, y aunque corresponda al gobierno el ejercicio de esta iniciativa si lo considera conveniente, parece más apropiado desde la lógica de la “correttezza” constitucional que antes del estricto inicio del procedimiento de reforma, con la presentación de la iniciativa, el gobierno busque los acuerdos políticos necesarios o al menos sondee las posibilidades de éxito de la reforma (RUBIO, 2005, p. 29). Resulta, en todo caso, paradójico que el mismo Gobierno que solicitó para una iniciativa de reforma un Informe al Consejo de Estado (reforma que nunca llegó ni siquiera al nivel de iniciativa parlamentaria por falta de consenso político) fuera también el que, en una reforma “express” de un aspecto importante de la Constitución

económica, la del art 135 CE, llegue a un acuerdo político casi telefónico que le permite presentar la iniciativa como proposición de reforma de los grupos mayoritarios en el Congreso, con la intención de obviar el de otro modo preceptivo informe del Consejo de Estado y acelerar así el ya muy rápido procedimiento legislativo elegido para su tramitación (LÓPEZ AGUILAR, 2012, p. 199).

Por último, no cabe olvidar que es en la iniciativa de reforma, en el propio artículo 166 de la Constitución, en donde comienza a equipararse, quizás innecesaria y disfuncionalmente, la iniciativa de reforma, y la reforma misma, con la iniciativa y el procedimiento legislativo ordinario, lo que va a generar importantes ambigüedades y disfunciones en la regulación positiva de la reforma.

3.3. Los dos procedimientos de reforma y su delimitación material

La cuestión de cuales son las materias constitucionales que habrán de reformarse por cada uno de los dos procedimientos de reforma previstos ha sido siempre objeto de polémicas interpretativas. En todo caso, durante un cierto tiempo, el sistema político parecía contribuir a convertir esta delimitación en una más de las cuestiones teóricas a las que tan bien parecía prestarse el estudio de la reforma constitucional. El nuevo sistema de partidos aumenta, sin embargo, sustancialmente la posibilidad de iniciativas de reforma que planteen serias dudas sobre por cual de los dos procedimientos deben tramitarse. En este campo cualquier indefinición puede provocar una enorme conflictividad política-constitucional, promovida por la minoría que pierda su “derecho de veto” sobre la reforma, lo que indudablemente contribuirá a deslegitimar el proceso. Junto a ello, el hecho mismo de que no se prevea expresamente en la Constitución ni en la LOTC, el control por parte del Tribunal Constitucional de este aspecto de la reforma, contribuye a que creamos conveniente tener mucho cuidado con interpretaciones extensivas, y no cercanas a lo textual, de la materia reservada al procedimiento agravado de reforma (LAPORTA, 2018, p. 491). De ahí que, aunque entendamos correcta desde una interpretación sistemática y teleológica de la institución, la postura doctrinal que mantiene que no nos encontramos ante

una delimitación meramente topográfico-numérica de las materias objeto de protección vía art 168, y que con este procedimiento se están protegiendo en realidad principios estructurales y no preceptos concretos (BILBAO, 2019, p. 76), no puede menos que destacarse que este es el criterio que produce más inseguridad y más impugnabilidad en una hipotética y futura reforma políticamente conflictiva. Otra de las tesis más comunes en la doctrina es la de que no existe una reserva procedimental *ex* artículo 167 CE, en línea con lo señalado por el Consejo de Estado (RUBIO, 2005, p. 37). En el fondo la idea de que a una iniciativa única le corresponde un procedimiento único, sustentada también por parte de la doctrina, y que puede cumplir también la función de no aislar a la monarquía en un hipotético referéndum futuro, resulta discutible. Puede plantear muchos problemas prácticos, como el de la presentación de iniciativas artificialmente separadas, y, ante todo, cuando se trate de una iniciativa única pero materialmente compleja, puede suscitarse la duda, en una reforma no altamente consensuada, de por qué introducir una mayor rigidez para determinadas materias. Otro de los problemas planteados por la dualidad de procedimientos es el de la posibilidad en nuestro ordenamiento de las llamadas reformas de doble grado, una tesis que ya el profesor De Vega calificaba de “tan ingeniosa, como insostenible” (DE VEGA, 1985 p. 285). Es difícil no coincidir con la idea de que la utilización del 167 para reformar el artículo 168 constituye un fraude constitucional, pero no puede dejar de tomarse nota de que la ambigüedad del texto, la inexistencia de una práctica de reformas sólida, la falta de previsión expresa de un control de constitucionalidad de la reforma, y la consecuente ausencia de un pronunciamiento directo sobre el tema, junto con la conciencia del muy alto grado de rigidez del sistema, ha llevado a una parte de la doctrina a mantener la postura contraria (PÉREZ TREMP, 2018, p. 41). En todo caso, como señala el profesor Requejo, lo cierto es que, desgraciadamente, se puede defender la imposibilidad de utilizar esta vía “desde la lógica o la inconveniencia política, pero nada cabe decir desde la dimensión positiva” (2009, p. 2769).

Una de las paradojas de nuestra reforma consiste en el hecho de que, aun careciendo de cláusulas de intangibilidad, el art. 168 y su delimitación material, dada su dificultad procedimental, da lugar a problemas no

muy distintos de los que se producirían de existir este tipo de cláusulas. La segunda paradoja en este campo tampoco es menor. La sentida necesidad de reformar el Título X de nuestra Constitución antes de adentrarnos en un proceso de reformas constitucionales encuentra sus primeros obstáculos en la división de opiniones en la doctrina más autorizada sobre el procedimiento a seguir para proceder a tal reforma y en la inexistencia de un control expresamente previsto en la Constitución sobre la corrección del procedimiento elegido.

La mayoría de la doctrina ha valorado positivamente el procedimiento previsto por el artículo 167 CE (DE VEGA, 1985, p. 145). Una vía que tiene vocación de convertirse en el procedimiento “ordinario” de la reforma constitucional. No deja, sin embargo, de producir cierta perplejidad la utilización práctica del artículo constitucional en las reformas de 1992 y del 2011. Cabe destacar por otra parte la casi total equiparación del Senado en el procedimiento de reforma constitucional con Congreso. Un acercamiento a un bicameralismo perfecto en este tema que, dado el distinto procedimiento de elección de las dos Cámaras, puede producir efectos de bloqueo, con fuertes problemas para la legitimidad de una Cámara como el Senado, ya de por sí sometida a crítica por parte de la doctrina y de la opinión pública. Por otra parte, se debe ser consciente también de que cualquier reforma en la composición del Senado debería tener en cuenta su papel en la reforma constitucional si no se quieren alterar los equilibrios del sistema.

1251

Ante la perspectiva de reformas no altamente consensuadas, o de un proceso de reformas continuado en el tiempo, es evidente que la posibilidad de referéndum prevista en el artículo 167 cobran una nueva significación. La alteración del sistema de partidos hará difícil la aparición de reformas que no sean sometidas a referéndum. Lo cual, en cierta manera, podría cambiar la lógica mismo de este referéndum que, en la visión inicial de Pedro de Vega, “no actúa como elemento legitimador, su única función es de garantía. Con él se intenta proteger a las minorías frente a posibles hipotéticos abusos de las mayorías” (1985, p. 112). En un nuevo ámbito político, el referéndum puede jugar sin duda alguna otro papel (CASTELLÁ, 2018). Podrán existir referenda

“de oposición”, pedidos incluso por las fuerzas que apoyen eventualmente al gobierno, como instrumento de oposición o resistencia a la reforma, quizás frente a mayorías no gubernamentales, episódicas u ocasionales, y podrán existir también referenda confirmatorios pedidos por la propia mayoría que propone la reforma, para legitimar su opción u obtener determinados réditos políticos (PANIZZA y RÓMBOLI, 2016, p. 9). En este contexto, la aparición de una práctica del referéndum “a la italiana”, puede, en cierto modo, resultar positiva, pese a las vicisitudes conocidas por el uso del mecanismo en este país (OLIVETTI, 2018). Se adecúa bien a la intensificación de la función relegitimadora de la reforma en el sistema (COMISIÓN VENECIA, 2010) y resulta en todo caso imprescindible para la función de ratificación de los pactos políticos básicos que puedan alcanzarse en el ámbito de la organización territorial, especialmente ante el problema catalán.

Estamos pues en un marco distinto al del eterno problema del referéndum y la Corona que parece haber condicionado hasta el momento toda la literatura jurídica sobre este mecanismo. En este nuevo marco cobra sentido reflexionar sobre la necesidad de regular de nuevo, desde una perspectiva distinta, algunos aspectos del referéndum de reforma constitucional: el número de electores necesarios para considerar válidos los resultados, la presentación conjunta o no de las preguntas de una iniciativa de reforma materialmente compleja, la necesaria claridad en la formulación de las preguntas, la regulación específica de la “campana” anterior a la celebración del referendun, las ayudas públicas a los partidos políticos que participen en estas campañas, etc. En todo caso no cabe obviar que esta “italianización” del mecanismo de reforma tiene también sus riesgos. Resulta evidente el peligro de un proceso continuado en el tiempo de referenda sucesivos, o de una utilización “espuria” del referéndum constitucional para conseguir objetivos no previstos por el procedimiento del art. 167 (DE VEGA, 1985, p. 137). También lo es la difícil lectura de determinados pronunciamientos del electorado sobre modificaciones de la organización territorial del poder (ARAGÓN, 2017). En todo caso, probablemente este sea uno de los temas centrales a los que van a tener que enfrentarse las reformas constitucionales venideras, lo que es tanto como decir uno de los temas centrales de nuestro horizonte

político-constitucional. El juego entre las élites de los partidos políticos, que deben pactar con generosidad y flexibilidad los acuerdos “posibles”, y una opinión pública cada vez más volátil y menos orientada por esos mismos partidos y por los medios de comunicación tradicionales, pero decisiva a la hora del referéndum, resultará determinante para el éxito del proceso de reformas.

El artículo 168 ha concitado siempre las mayores críticas de la doctrina. Y lo ha sido tanto por quienes entienden que la gran dificultad del procedimiento, en realidad, supondría una especie de cláusula de intangibilidad encubierta destinada ante todo a mantener alejada del procedimiento de reforma la fórmula monárquica de Jefatura del Estado (PÉREZ ROYO, 2018, p. 2302), como por quienes, por el contrario, creen que, siendo el poder de reforma un poder constituido y por lo tanto limitado, la fórmula del art 168, y especialmente su reconocimiento de la posibilidad de la revisión total de la Constitución, no solo incumple la finalidad política que parece pretender sino que contribuye a la confusión doctrinal dejando falsamente abierto el texto constitucional (TAJADURA, 2018, p. 112).

1253

De todas formas, parece haber prevalecido la visión de Pérez Royo cuando mantenía que “en el fondo el problema al que se pretendía hacer frente no es el de la reforma total sino el de los límites a la reforma” (PÉREZ ROYO. 1996, p. 487). En todo caso, esta lectura del artículo 168 como una cláusula de intangibilidad encubierta, o imperfecta, depende de la postura que se mantenga, no deja de suscitar algunos problemas (REQUEJO, p. 2765, TAJADURA, p. 112). Es cierto que la génesis del artículo parece conciliar todos los fantasmas de la Transición, desde el intento de blindar la monarquía, la unidad de España, o los derechos fundamentales por parte de los diversos grupos políticos, hasta la imposibilidad de establecer cláusulas de intangibilidad, que suscitaban un cierto rubor tras la operación realizada con las Leyes Fundamentales franquistas a través, precisamente, de una Ley para Reforma Política y que en todo caso resultaban políticamente inaceptables para determinados grupos que pretendían mantener al menos alguna divergencia entre su ideario doctrinal y el necesario pragmatismo político, como podría ser el caso del

PSOE con la Corona (PÉREZ ROYO, 1996, 505). Por otro lado, el art. 168 no deja de ser en parte una muestra más de esa histórica “hipocresía” con la que la institución de la reforma se ha entendido o practicado siempre en España, de modo que el establecimiento de un procedimiento especialmente rígido desde la perspectiva del derecho comparado puede así combinarse con la renuncia a las cláusulas de intangibilidad y con la consagración constitucional de la revisión total del Texto, fiándolo todo, al fin y al cabo, a la pretendida solidez del sistema de partidos existente en ese momento, reforzada en último término por un sistema electoral también en parte recogido en la norma constitucional. Lo cierto es que esta lectura general sobre la “inviabilidad” del artículo 168 ha servido durante mucho tiempo para no preocuparse en exceso de los graves defectos y de las incoherencias de su regulación.

1254

Así y todo, no deja de resultar paradójico equiparar de facto el procedimiento reforzado a una cláusula de intangibilidad, y ello en una Constitución que no sólo no contempla expresamente este tipo de cláusulas, sino que, además, prevé la posibilidad de una revisión total de sus disposiciones. ¿Qué puede entenderse, entonces, por revisión total de la Constitución? En nuestra opinión la reforma total tal vez pueda entenderse como la posibilidad de cambio a través de un verdadero proceso constituyente pero administrado y ordenado constitucionalmente. El cambio de Constitución a través de la Constitución. O quizás, más concretamente, la afectación a los elementos decisivos del Título Preliminar, del Título II, y de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I. Una afectación decisiva por su intensidad, al tratarse de algún artículo clave, o por acumulación en la afectación de distintos artículos de este ámbito (REQUEJO, p. 2776). En todo caso el problema es quién decide que nos encontramos ante un supuesto de revisión total, y no parcial de la Constitución. Obviamente en primer lugar quien presente una iniciativa en este sentido, pero también quien controle si el procedimiento es incorrecto si se presenta por la vía del art. 167. De hecho, si no se intenta ir por esta vía, el Tribunal Constitucional puede no tener que pronunciarse expresamente sobre el tema. De todas formas, la calificación como revisión total de la Constitución o como una mera afectación a una materia propia del artículo 168 obviamente resultará jurídicamente irrelevante,

dado que en ambos casos supone la utilización de la misma vía procedimental, pero no lo será políticamente, en cuanto implica una valoración política, con efectos importantes en cuanto a la postura de los partidos, la opinión pública y en último término el electorado en el referéndum obligatorio. En definitiva, como afirma Requejo, esta previsión serviría para exteriorizar “las pretensiones de ruptura” de la iniciativa (p. 2754). Sería de nuevo la utilización de la vía de la reforma para la ruptura, si bien no con el régimen democrático en cuanto tal.

El procedimiento concreto previsto en el artículo 168 CE no ha gozado tampoco del favor de la doctrina (DE VEGA, p. 147, REQUEJO, p. 112). El problema básico es el de determinar si las primeras Cámaras, que aprueban el principio de reforma, están aprobando un principio general, o, como parece dar a entender cierta lectura de los reglamentos parlamentarios, una proposición o un proyecto de ley articulado. Optar por una u otra concepción, y la doctrina no es unánime en este tema, implica entender de manera muy distinta todo el procedimiento. En el fondo, podemos estar de acuerdo con la postura de Bilbao Ubillos o de Pérez Royo cuando entienden que el primer pronunciamiento de las Cortes sería una decisión sobre el inicio de la reforma, una declaración política donde se indicarían los artículos esenciales y el sentido de la reforma y que las segundas Cortes, las elegidas ya como Cortes reformistas como indica el profesor Pérez Royo, y con las indicaciones de los electores, “hacen la reforma” (PÉREZ ROYO, 1996, p. 497 y BILBAO, p. 76). De ahí que Rubio Llorente mantuviera que tenían sentido unas primeras elecciones donde el pueblo elige estas Cortes que harán la reforma y un segundo momento, el del referéndum, en el que el pueblo controla su labor (RUBIO, 2009, p. 34). El problema en todo caso es que esta interpretación no queda clara en el ordenamiento positivo porque los Reglamentos parlamentarios parecen indicar otra cosa, lo que vuelve difícil cualquier otra interpretación, aun cuando el Consejo de Estado mantuviera que la interpretación del art. 168 habría de partir exclusivamente del propio texto constitucional. Pero el Consejo de Estado no es, obviamente, el Tribunal Constitucional, quien, como es sabido, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema explícitamente.

Estás dos visiones del procedimiento del art. 168 condicionarán también lo que se entienda por ratificación de las segundas Cámaras del principio de reforma, o la capacidad mayor o menor que tengan estas mismas Cámaras para ir más allá de las primeras. En todo caso, aunque se mantenga que la libertad de las segundas Cámaras no es absoluta, y por tanto que existe una vinculación material entre los dos momentos, de modo que la reforma no podrá afectar a otras cuestiones distintas a las que fueron objeto de la iniciativa, lo cierto es que tampoco aquí existe acuerdo doctrinal y que depende de si se entiende que se está elaborando un primer texto articulado en las segundas Cámaras o entendemos que se está enmendando un texto articulado aprobado en las primeras (PÉREZ ROYO, 1996, p. 497). Surge además el problema de determinar quién puede controlar esta hipotética vinculación. Parece evidente que le correspondería al Tribunal Constitucional. Pero, más allá del hecho de que todavía no se haya recogido expresamente en la propia Constitución o en la LOTC este control, no es posible olvidar que las segundas Cámaras gozarán de una posición políticamente muy reforzada, no sólo por la proximidad de su elección, sino porque normalmente lo habrán sido tras un debate importante sobre alguna de las materias reservadas al art. 168, y donde la tentación de considerarse “poder constituyente” resulta muy fuerte, lo que suscita dudas sobre un hipotético enfrentamiento entre un Tribunal Constitucional, que se apoyaría en una interpretación posible de lo que signifique el principio de reforma y unas Cortes legitimadas por unas elecciones celebradas probablemente en torno al sentido y el alcance de la propia reforma.

Otro de los temas que no resulta menor en este procedimiento es el de la ausencia de previsiones en la Constitución, y en los Reglamentos parlamentarios, sobre una hipotética Comisión Mixta que, en paralelo a lo establecido por el art. 167, resolviera las posibles divergencias entre el Congreso y el Senado. Parte de la doctrina se muestra partidaria de recurrir por analogía a dicha Comisión (BILBAO, p. 76, REQUEJO, p. 2769, PÉREZ ROYO, 1996, p. 499). La solución, en todo caso, resulta problemática. Es difícil pensar que esta ausencia se deba a un mero descuido técnico del constituyente en un tema tan trascendental. Más

verosímil resulta que se trate de una opción constituyente implícita, que otorga un importantísimo poder de veto al Senado en unos temas políticamente vitales como los afectados por la reforma vía artículo 168 (TAJADURA, p. 135). De hecho, una lectura literal de la Constitución implica que, salvo en el supuesto de que el Senado apruebe en los mismos términos la reforma presentada por el Congreso, en cualquier otro caso se impide el éxito de la reforma. Puede, pues, que nos encontremos ante la última cláusula de salvaguarda frente a la modificación de determinadas materias constitucionales. Una cláusula que en contextos de reformas no absolutamente consensuadas, aun cuando se haya logrado el alto nivel de acuerdo que exige el procedimiento del 168, podría plantear varios problemas y una más de esas perplejidades que suscita a menudo el análisis de nuestro sistema de reforma constitucional. Entre ellas, la difícil justificación de la hipotética creación de una Comisión Mixta sin apoyo jurídico positivo y que sería impugnada inmediatamente por la minoría que se oponga a la reforma y que haya conseguido modificar el texto en el Senado, al entender que supondría una burla a sus derechos constitucionales. Por el contrario, la falta de aceptación del texto por el Senado, en ausencia de mecanismos de conciliación, podría dar lugar a un enfrentamiento de legitimidades entre un Congreso de los Diputados y un Senado que, elegido con un sistema electoral diferente, puede vetar una transformación profunda del ordenamiento constitucional respaldada por una mayoría muy importante en el Congreso, lo que no parece, como mínimo, una situación deseable para el sistema constitucional.

Pese a que ha sido siempre uno de los temas recurrentes en una literatura jurídica como la española, muy escasa de experiencias concretas en este tema, el problema de los límites de la reforma constitucional no tiene en la actualidad, en el derecho comparado, la importancia histórica y la trascendencia para la teoría de la reforma y de la constitución de la que gozó en algún momento (PÉREZ ROYO, 1987). Históricamente los límites de la reforma fueron siempre la mejor expresión y la defensa de la Constitución frente al principio monárquico, incluso cuando no se establecían expresamente. En un paradójico paralelismo inverso, la regulación constitucional de la reforma en nuestra Constitución de 1812

convierte al procedimiento, extremadamente complejo, en el verdadero límite último de la reforma (MARTÍN DE LA VEGA, 2012). Por otra parte, los límites expresos a la reforma que aparecerán en las cláusulas de intangibilidad del periodo de entreguerras, serán expresión del miedo a los nuevos enemigos de la democracia, y, en palabras de Rubio Llorente, “solo resistirán si ese miedo era infundado” (RUBIO, 2009, p. 29). Tras la II Guerra Mundial las cláusulas de intangibilidad identificarán básicamente la forma del Estado y los elementos esenciales del Estado democrático constitucional en un clima de tensión y de Guerra Fría. Pero lo cierto es que, como es sabido, nuestra Constitución no consagra cláusulas de intangibilidad, es más, prevé como vimos la revisión total de la Constitución. Todos sus elementos pueden, pues, ser modificados respetando los procedimientos de reforma establecidos, como en múltiples ocasiones ha remarcado nuestro Tribunal Constitucional. La equiparación por tanto de la dificultad de la reforma vía artículo 168 con una cláusula de intangibilidad no deja de ser cuanto menos inexacta, aún cuando hay quien pudiera pensar que con este procedimiento se consiguieron dos objetivos en el fondo complementarios: alejar del ámbito de la reforma determinadas decisiones constitucionales y a la vez mantener que en la Constitución se rechaza toda limitación al principio democrático de cambio, distanciándose de cualquier forma de democracia militante o de “petrificación” del pacto constitucional.

Subsiste en todo caso la cuestión teórica de la posible existencia de unos límites implícitos a la reforma constitucional. En mi opinión, en el Estado constitucional democrático actual estos límites deben derivarse estrictamente, y de manera restrictiva, de la concepción racional normativa de la Constitución (ALÁEZ, 2000). Soberanía popular, división de poderes y derechos fundamentales siguen constituyendo elementos esenciales del concepto de constitución que manejamos. Cualquier alteración sustancial de los elementos fundamentales de los mismos no supondría una reforma de la Constitución sino su destrucción fraudulenta y la voladura del estado constitucional. Un supuesto, pues, extremadamente excepcional. Pero para quien mantiene la existencia de unos mínimos límites implícitos derivados del concepto mismo de Constitución, queda entonces la obligación de compaginar esta postura con la expresa

previsión constitucional de la revisión total de la constitución que contempla el artículo 168. Así, si los límites implícitos se identifican con los elementos más básicos del Estado constitucional democrático, la revisión total de la constitución se identificaría, como sostuvimos anteriormente, con la alteración sustancial de las materias previstas en el 168. Estaríamos en este último supuesto ante el cambio de Constitución desde la Constitución. Y es muy distinto cambiar de constitución, que es lo que establece como posible el artículo 168 CE, que dejar de tener Constitución. Otro de los posibles problemas en este tema puede girar en torno a la ausencia de previsiones normativas sobre el control jurisdiccional de la reforma. Si la regulación constitucional de la reforma y el desarrollo de sus procedimientos en los reglamentos parlamentarios están ya de por sí plagados de ambigüedades y de dificultades conceptuales y normativas, a ello se le une la omisión de una expresa facultad del Tribunal para enjuiciar la reforma constitucional. Ante esto surge la tentación de entender, como señala el profesor Requejo, que no es que no existan límites a la reforma, sino que los que existen hoy no son jurídicamente exigibles (p. 2758). Una laguna normativa pues, que resulta especialmente importante porque debilita el más que probable control que pueda ejercer el Tribunal Constitucional, como se apunta, entre otras cosas, en el ATC 9/2012 y ello en un ámbito en el que la actuación de la jurisdicción constitucional, incluso reducida al control formal de la reforma, no deja de plantear obvias dificultades (VILLAYERDE, 2013, p. 483). Y resulta una laguna de la mayor importancia cuando nos encontramos además ante una Constitución que establece dos vías procedimentales con una delimitación material en absoluto clara. El defecto se acentúa en unos momentos en que aumenta la posibilidad teórica de reformas constitucionales que no sean producto de un amplísimo consenso previo, una situación en donde la necesidad de un intérprete jurídico supremo resulta aun más evidente. Es este uno de los aspectos que probablemente vuelva ineludible iniciar el proceso de reformas con la modificación del Título X de la Constitución. Debería ser en la propia Constitución, por razones de rigidez normativa, que aquí juegan como garantía del propio procedimiento de reforma, y también por razones sistemáticas y de importancia material, en donde se estableciese un control previo de constitucionalidad formal de la reforma, junto con la paralela modificación, obviamente, de la LOTC.



Bibliografía

1260

1. ALAEZ CORRAL, B. (2000) *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: CEPC.
2. ALBERT R. Y BERNAL C. (2016) Bogotá: Universidad del Externado.
3. ALVAREZ CONDE E. Y ÁLVAREZ TORRES, M. (coord.) (2017) *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la constitución en española*. Granada: Comares.
4. ÁLVAREZ JUNCO, J. (2018) “El último problema heredado”, en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I, Madrid: CEPC.
5. ALZAGA O. (1996) “Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella”, en TUSELL J, Y OTROS (Ed), *Entre dos siglo. Reflexiones sobre la democracia en española*. Madrid: Alianza Editorial.
6. ALZAGA VILLAMIL, O. (2008) *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Madrid: Trotta.
7. ARAGÓN REYES M. (2017) “La reforma constitucional”, en *Revista General de derecho Constitucional*, nº 24.
8. ARANDA ÁLVAREZ E., (2012), “La “sustancialidad” del procedimiento para la reforma constitucional”, en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 29.
9. ARIAS MALDONADO M. (2018) “¿Necesaria pero imposible?. Apuntes sobre la reforma constitucional (y II)”, en *Revista de Libros*, noviembre.
10. ATANCE, V. (2002) *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: CEPC.
11. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. (2008) *La fallida reforma de la constitución española durante la VII Legislatura (2004-2008)*. Pamplona: Thomson-Civitas.
12. BIGLINO P. (2013) “Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011” en López Garrido D. (dir) y Martínez Alarcón M. L. (coord.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*. Madrid: CEPC.
13. BILBAO UBILLOS, J. M. (2019) “La reforma constitucional en serio” en *40 años de Constitución: una mirada al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
14. DE CABO MARTÍN, C. (2002) *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta.
15. CALAMANDREI P. (2013) *La Constitución inactuada*, Madrid: Ténos.
16. CANO BUESO, J. Y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.) (2017) *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: La reforma de la constitución en España*. Valencia: tirant lo Blanch.

17. DE CARRERAS F. (2017) “En tiempos de reformas” *El País*, 6 de diciembre.
18. CASTELLA ANDREU, J M. (2018) “Representación y participación en la reforma constitucional: una visión de conjunto.” en CASTELLA ANDREU, J M. (ed), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y como participa?*. Valencia: Tirant lo Blanch.
19. COMISIÓN VENECIA (2010) *Report on Constitutional Amendment*, cdlad 001, n 112 y 245.
20. CONSEJO DE ESTADO, (2006) *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Febrero 2006, RUBIO LLORENTE F. y ÁLVAREZ JUNCO J. Madrid: Consejo de Estado-CEPC.
21. FERRAJOLI L. (2018) *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
22. FREIXES SANJUÁN T., y GAVARA DE CARA J.C. (coord.), (2016) *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica.*, Parte primera Madrid: Ed BOE-CEPC.
23. FREIXES SANJUÁN T., y GAVARA DE CARA J.C. (coord.), (2018) *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica.* Parte segunda. Madrid: BOE-CEPC.
24. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ P. (2007) *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*. Madrid: CEPC.
25. GARCÍA ROCA J.(editor), (2008) *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Pamplona: Ed Thomson-Aranzadi.
26. GARCIA ROCA J. (2017) “De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas” en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 40,
27. GARCÍA ROCA J. (2018) “Los riesgos de una constitución vieja y la necesidad de actuar con audacia: tiempos de reformas” en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Madrid: CEPC.
28. GÓMEZ FERNANDEZ I (2017) *Una constitución feminista ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons.
29. GUERRA A. (2018) “La constitución del consenso”, todos en PENDAS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Madrid: CEPC.
30. HÄBERLE P. (2017) *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra.
31. HERRERO DE MIÑON M., (2013) *Cádiz a contrapelo. 1812, 1978, Dos constituciones en entredicho*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

32. HERRERO DE MIÑON M., (2016) *Tres conferencias sobre la reforma constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
33. HERRERO R. DE MIÑON M. (2018) “Espíritu de integración”, en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Madrid: CEPC.
34. HIRSCHAM A. O. (1994) *Retóricas de la intransigencia*. México: FCE.
35. HOFFMANN H. (2012) “Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de medio siglo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29.
36. JULIÁ S. (2017) *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
37. JUDT, T. (2016) *Posguerra: una historia de Europa desde 1945*. Madrid:Taurus.
38. LAPORTA J. F. (2018) “Problemas de la reforma constitucional: una propuesta” en PENDAS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I, Madrid: CEPC.
39. LÓPEZ AGUILAR J. (2013) “De la Constitución irreformable a la reforma constitucional “expres”, en *Teoría y Realidad constitucional*, nº 19.
40. LÓPEZ GARRIDO D. (dir) y MARTÍNEZ ALARCÓN M. L. (coord.) (2013) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*. Madrid: CEPC.
41. MARTÍN DE LA VEGA, A. (2012) “Poder constituyente y poder de reforma en la constitución de 1812” en *Revista de las Cortes Generales*, nº 87.
42. MARTÍNEZ CUADRADO, M. (dir.) (2019) *Reforma constitucional en la Unión Europea y en España*. Madrid: Marcial Pons.
43. MUÑOZ MACHADO S. (2016) *Vieja y nueva Constitución*. Barcelona: Ed Crítica.
44. OLIVETTI M. (2018) “El eterno retorno de las reformas constitucionales en Italia y de su fracaso ¿Una Constitución irreformable?”, en CASTELLA ANDREU, J M. (ed), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y como participa?*. Valencia: Tirant lo Blanch.
45. PANIZZA S. Y ROMBOLI R. (2016) *Aspettando il referendum (con il fiatto sospeso)*. Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi . Turín: G. Giappichelli.
46. PÉREZ ROYO, J. (1987) *La reforma de la constitución*. Madrid: Congreso de los Diputados.
47. PÉREZ ROYO J. (1996) “De la reforma constitucional. Comentario introductorio al Título X” en ALZAGA VILLAMIL O., (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978.*, Madrid: Cortes Generales- Edersa.

48. PÉREZ ROYO J. (2003) “Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, septiembre-noviembre.
49. PÉREZ ROYO J. (2007) “Artículo 168”, en *Comentario a la Constitución española*. 40.
50. *aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Tomo II. Madrid: CEPC.
51. PÉREZ ROYO J. (2015) *La reforma inviable*. Madrid: Catarata.
52. PÉREZ TREMPs P. (2018) *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
53. REQUEJO PAGÉS J. L. (2009) “Artículo 166” en CASAS BAAMONDE M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., (dir), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
54. REY MARTÍNEZ F. (2013) ¿Pero aún existe la Constitución?, *El País*, 5/12/2013.
55. ROCA JUNYENT M. (2018) “Cuarenta años después” en PENDÁS B. (dir), GONZÁLEZ E., y Rubio R. (coord.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, T. I Madrid: CEPC.
56. ROMBOLI R. (2017) Alessandro Pizzorusso y su aportación al Derecho Constitucional italiano y europeo, en P. PÉREZ TREMPs (Compilador). *El derecho constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea. Homenaje a los profesores Louia Favoreau, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.
57. ROMBOLI R. (2017) La riforma costituzionale Renzi-Boschi e la funzione legislativa, en BAGNI S., FIGUEROA G. y GIORGIA PAVIANI G La ciencia del derecho constitucional comparado. *Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.
58. ROURA GÓMEZ, S. (1998) *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española: rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*. Madrid,CEPC.
59. RUBIO LLORENTE F. (2005) “La necesidad de la reforma constitucional” en *La reforma constitucional, XXVI Jornadas de Estudio*, 27, 28 y 29 de octubre de 2004, Madrid: Ministerio de Justicia.
60. RUBIO LLORENTE F. (2009) “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*. Madrid: TC-CEPC.

61. RUBIO LLORENTE F. (2012) “Sobre la conveniencia de terminar la constitución antes de su reforma”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC.
62. RUBIO LLORENTE F. (2012) “Sobre la posibilidad de reformar la Constitución y la conveniencia de hacerlo”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Vol. II Madrid: CEPC.
63. RUBIO LLORENTE F. (2014) en “Defecto de forma” *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1000.
64. RUBIO LLORENTE F. (2015) en “Rigidez y rigor mortis” en *Claves de la Razón Práctica*, nº 241, Julio/Agosto, Madrid.
65. RUIZ RICO G., PORRAS NADALES A. REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.) (2017) *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
66. RUPÉREZ ALAMILLO J. (2018) *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*. Valencia: Tirant lo blanch.
67. SLOTERDIJK P. (2019) *¿Qué sucedió en el siglo XX?*. Madrid: Siruela.
68. TAJADURA TEJADA J. (2018) *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons.
69. TUDELA ARANDA J. (2016). *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*. Madrid: Marcial Pons.
70. DE VEGA GARCÍA, P. (1985) *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
71. VERA SANTOS, J. M. (2007) *La reforma constitucional en España*. Madrid: La Ley.
72. VILLAYERDE MENÉNDEZ I. (2019) “El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30.

“Político” y “jurisdiccional” cien años después del *Verfassungsgerichtshof* (¿Qué queda de Kelsen?)

✍ LUCIO PEGORARO*

1. Premisa: Kelsen y la doctrina constitucionalista de la posguerra cien años después del *Verfassungsgerichtshof*

Cien años después de la institución del *Verfassungsgerichtshof*, continúa la confusión en la clasificación de los modelos de justicia constitucional desde el punto de vista de su distinción entre “políticos y “jurisdiccionales”, debido también al uso anfibológico de las calificaciones que distinguen entre los dos “modelos”. El sentido atribuido por Kelsen —que sigue siendo la referencia para la doctrina— es muy distinto al propuesto por Schmitt y la doctrina posterior a la Segunda Guerra Mundial, además de la jurisprudencia francesa. A ello se añaden fuertes implicaciones ideológicas.

1265

En Kelsen, la distinción es cuantitativa, no cualitativa, y representa una variable de la latitud que el legislador les ha dejado a los jueces. El sistema “jurisdiccional” que él propuso es tal no tanto porque no es “político”, sino por las características del órgano, del procedimiento, de los actos típicos, etc. El nivel de politicidad está relativamente limitado pues el juez ejecuta la ley, que tiene *más* politicidad (es decir, libertad o discrecionalidad). En Schmitt, la politicidad deriva de la atribución de las elecciones a un órgano calificado “político” (el Presidente del *Reich*) y

* Catedrático de Derecho público comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Università di Bologna.

no a un órgano definido “jurisdiccional” (un Tribunal). Según Kelsen los Tribunales son órganos políticos, según Schmitt no.

Sobre la diferencia *cuantitativa* propuesta por Kelsen –“fuzzy” *ante litteram*– la doctrina mayoritaria ha construido dos clases *cualitativamente* opuestas, cuyo alcance a lo largo del tiempo ha ido difuminándose ulteriormente, porque las relaciones entre jurisdicción y “ramas políticas” han cambiado, y también el tiempo obliga a modificar y sobreponer las clases. Autodefiniéndose casi siempre kelseniana, o dejando entender serlo, la academia (no solo francesa, y con la excepción de algunas corrientes norteamericanas y grupos europeos) ha adoptado el léxico y los conceptos de Schmitt, como mucho concediendo que, de hecho, incluso los jueces tienen amplia discrecionalidad, pero –casi siempre– exorcizando el tabú que “hagan política”. En la mayoría de los casos, se basa en la idea, nada kelseniana, que el modelo jurisdiccional sea centrado en el *Verfassungsgerichtshof*, y el modelo “político” sea previo o interno al Parlamento. La doctrina (incluido yo mismo) ha empleado casi siempre las dos clases como antagónicas, modificando y luego contribuyendo a consolidar un uso de las calificaciones lejano al de Kelsen, a menudo definido como *argumentum quoad auctoritatem*. No hay nada malo en todo ello: se puede ser partidario de Alicia o de Humpty Dumpty, y además en la ciencia, respecto de las definiciones legislativas, es más difícil exigir que las palabras signifiquen lo que *yo* decido, si no existe un consenso derivado de la utilización¹. El uso de las palabras “político” y “jurisdiccional” es prevalentemente este, es decir, después de Kelsen, se emplean en lo que significa el uso prevalente en el metalenguaje jurídico, a menudo porque

1 Según Humpty Dumpty, «When I use a word ... it means just what I choose it to mean – neither more nor less»: cfr. L. CARROLL, *Through the Looking-Glass and what Alice Found There*, recordada (además que por U. SCARPELLI, voz “Metodo giuridico”, en *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al cuidado de G. CRIFÒ, Milano, 1972, p. 411 ss., también en ID., *Letica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 179 ss.) por C. PASI (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carroll nella traduzione di Antonin Artaud*, Einaudi, Torino, 1993, p. 24 ss.: En el estudio que lo acompaña (C. PASI, *Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui*, p. 71), el editor recuerda que Artaud se pregunta «jusqu’ à quel point l’écrivain a le droit de se considérer comme le ‘Maître du langage’».

ha sido confirmado poco a poco de autor en autor, sin reflexión crítica acerca del léxico y de la adecuación de las clasificaciones.

Atrás, empero, está también una utilización marcadamente ideológica de las palabras “político” y “jurisdiccional”, en el convencimiento (según el caso debido a ingenuidad o a decisiones “políticas”) que, en el modelo jurisdiccional adoptado por el “Estado constitucional”, el poder político tiene que ser limitado, y que el juez, al que se encomiendan las decisiones, no hace política sino se limita a declarar lo que está en la razón y la naturaleza de las cosas. Como en la ilustración y en la más dura subsunción positivista. A diferencia de Kelsen, para muchos estudiosos el presupuesto que justifica la decisión de situar “fuera” el control es que la jurisdicción es inmune a la política, o al menos tiene características que la diferencian profundamente, y en cada caso está –poder “tercero” y neutral– está llamada a controlar el poder, estando fuera: es el mito del juez neutral, coherente con su configuración de *bouche de la ley* propuesta por Montesquieu².

1267

En varios escritos, Kelsen se detiene en la naturaleza de la jurisdicción³, pero la literatura jurídica no ofrece soluciones netas para diferenciar entre jurisdicción y legislación y respecto de la administración⁴. Acerca de la legislación, se observa que “pone” el ordenamiento, mientras

2 Sobre los Tribunales constitucionales como “órganos dotados de fuerza política”, y las razones que legitiman su uso, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 5 ss. y espec. p. 14, 21 ss.

3 Por ej.: H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein? ”, en *Die Justiz*, 1930-31, Heft 11-12, Bd. VI, p. 576 ss., trad. it. “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 239 ss.; *Id.*, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 267 ss.; *Id.*, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas-Kompass, Milano, 1966, 134 ss., p. 274 ss.; *Id.*, “Zur Theorie der Interpretation”, en *Zeitschrift für Theorie der Rechts*, n. 8, 1934, p. 9 ss., trad. it. “Sulla teoria dell’interpretazione”, en *Id.*, *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 157 ss.

4 G. PAVANI, “El poder judicial”, cap. IX, secc. V, de L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, en *Id.*, *Derecho constitucional comparado*, tomo II, 2 vols, Astrea, Buenos Aires, 2018, vol. B, p. 224, citando H. Kelsen, “Justiz und Verwaltung”, en *Zeitschrift für soziales Recht*, n. 1, 1929, p. 1 ss., trad. it. “Giurisdizione e amministrazione”, en *Id.*, *Il primato del parlamento*, cit., p. 133 ss.

la jurisdicción lo tutela, y siempre está subordinada a la primera, incluso donde se aplica el *stare decisis* y el precedente judicial tiene el papel de fuente⁵. Para marcar la diferencia, a menudo se dice que, aunque se admita el carácter creativo de la interpretación, éste solo es la consecuencia del «espacio libre que el legislador le da al poder jurisdiccional, y de todas formas puede siempre “re-apropiarse” del mismo (con la interpretación auténtica)»⁶. La distinción entre jurisdicción y legislación se percibe con la intuición, pero no es tan clara en la experiencia empírica y la actividad efectivamente ejercitada⁷.

1268

La evolución de los sistemas de justicia constitucional en el mundo habría tenido que llevar a la doctrina a un resultado muy distinto. En el siglo pasado y en este, el espacio dejado por el legislador (y antes por el constituyente) a los jueces constitucionales se ha expandido muchísimo, también por el apoyo de la misma doctrina. Las constituciones, de regulaciones de las competencias como las pensaba Kelsen, han ampliado el parámetro, codificando principios y valores que entran en conflicto, y han ampliado el objeto de juicio, hasta incluir las leyes de reforma. Los espacios de decisión de los tribunales, para fijar los confines de su propio poder, la legitimación y las reglas del proceso y para decidir en el fondo, se han convertido en enormes praderas donde las evaluaciones de los jueces no solo integran, sino rempazan las del legislador.

El problema de *cantidad* de politicidad evocado por Kelsen se transforma así en uno de *calidad*.

Las preguntas que quiero plantear son estas: ¿Qué queda del denominado modelo kelseniano y la experiencia del *Verfassungsgerichtshof*, después 100 años de su institución? ¿Sobrevive el modelo también en la praxis de la justicia constitucional, o sólo en el idealismo platónico de la doctrina académica? ¿Cuáles son las fracturas entre tal modelo y su

5 Cf. G. MORBIDELLI, *Il potere giudiziario*, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 1997, p.685.

6 *Ibid.*

7 G. PAVANI, *El poder judicial*, loc. ult. cit.

interpretación por parte de la doctrina? ¿Cómo se podría justificar, a la luz de la teoría kelseniana, el papel actual de los Tribunales Constitucionales?

2. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana en el contexto de su tiempo

Como es sabido, Kelsen, siguiendo los pasos de Jellinek, partía del concepto de Constitución como norma superior a todas las otras y de «la idea de un principio supremo que determina todo el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento»⁸, de la construcción en escalones del ordenamiento (*Stufenbau*) y de los criterios conexos para verificar la invalidez de las normas inferiores.

¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? ¿En qué forma se desarrolla el control? En concreto: ¿A quién compete activarlo? ¿Y con relación a qué actos? ¿Qué eficacia deben, por último, asumir las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes? –se preguntaba el Maestro de la Escuela de Viena. Sus respuestas fueron las siguientes.

1269

A la primera pregunta –que se corresponde con el título del célebre trabajo escrito en polémica con Carl Schmitt⁹– Kelsen responde que

8 H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en *Rev. dr. publ. sc. pol.*, n. 35, 1928, p. 192 ss., trad. it. “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 152. En el célebre trabajo de G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Höder, Wien, 1885, trad. it. *Una Corte costituzionale per l’Austria*, Giappichelli, Torino, 2013 (al cuidado de E. Palici di Suni), «Jellinek establece de manera original el problema de la oportunidad de instituir un órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, concretando la solución de un control concentrado, que será desarrollada después por Kelsen una treintena de años después»: así E. PALICI DI SUNI, “Presentazione”, *ivi*, p. 9.

9 H. KELSEN, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, cit., p. 229 ss., y C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), reimpr. Dunker & Umblot, Berlin, 1969, trad. it. *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981. Para un comentario de la polémica con Schmitt, P. PETTA, “Schmitt, Kelsen e il ‘custode della costituzione’”, en *Storia e pol.*, n. 4, 1977, p. 505 ss. Entre las reflexiones más recientes sobre el debate entre los dos estudiosos ver entre tantas publicaciones A.G. MELO FRANCO BAHIA, “Controle concentrado de constitucionalidade: o ‘Guardião da Constituição’ no debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt”, en *Rev. inform. legisl.*, n. 164, 2004, p. 87 ss., y J. DE MIGUEL BÁRCENA, J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Escolar, Madrid, 2018.

la verificación de la conformidad de las leyes a la Constitución debe ser llevada a cabo por un órgano estructurado en Tribunal, cuya independencia se garantice por la inamovilidad¹⁰. Acerca de la forma de control, el estudioso de Praga excluye la garantía preventiva, que no podría confiarse a un Tribunal. Por lo tanto, no quedaría otra solución que instituir un control *a posteriori*. Éste no constituye una invasión del Poder Legislativo, puesto que el Tribunal Constitucional no ejerce una verdadera función jurisdiccional: en efecto, anular una ley significa «formular una norma general», aunque sea de signo negativo (en suma, un *contrarius actus*), de manera que el Tribunal que tiene el poder de anular las leyes «es, por consecuencia, órgano del Poder Legislativo»¹¹.

1270

El control de constitucionalidad podría ser activado mediante una acción popular, pero, según Kelsen, tal solución, aunque ofreciendo las máximas garantías, es desaconsejable porque se presta fácilmente a abusos. Y en su lugar es preferible atribuir a todas las autoridades públicas, llamadas a aplicar una ley que presumen que es inconstitucional, el poder de suspender el procedimiento y de investir de la cuestión al Tribunal Constitucional. No prohíbe, sin embargo, que el poder en cuestión pueda ser conferido solo a algunas autoridades superiores (ministros, Tribunales supremos), o a los Tribunales. Seguramente, en los Estados federales, del derecho a recurrir deben ser titulares los Gobiernos de los Estados miembros frente a los actos inconstitucionales de la Federación, y viceversa. Kelsen no excluye la legitimación del recurso a favor de una minoría cualificada del Parlamento, como tampoco una intervención de oficio del Tribunal Constitucional mismo.

Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados de fuerza de ley, o sea, inmediatamente subordinados a la

10 ... y ello por el hecho de que el órgano no pueda «ser jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por alguna norma individual (orden) de otros órganos y, en particular, de un órgano superior o que pertenezca a otro tipo de autoridades y, por lo tanto, sujeto a la observancia solamente de normas generales y esencialmente de las leyes y de los reglamentos legítimos»: cfr. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, cit., p. 161.

11 *Ivi*, p. 173.

Constitución (en la práctica, decretos-leyes y ordenanzas de necesidad), pero también los simples reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. En caso de que el Tribunal Constitucional encuentre un vicio de forma —es decir, relativo al procedimiento de formación del acto— o de fondo, por ser contrario al contenido de la Constitución, procede a la anulación de la ley o de disposiciones singulares de la misma, con eficacia *pro futuro*, salvo un limitado efecto retroactivo¹².

Las propuestas de Kelsen acerca de la configuración, las funciones y la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional constituyen el núcleo de un modelo abstracto elaborado a lo largo del tiempo por el Maestro de Praga, y fueron influenciados también por el análisis de los ordenamientos que gradualmente tuvieron una Corte o Tribunal Constitucional. (Algunos de sus escritos en la materia datan del período posterior a la Segunda Guerra Mundial). El núcleo central del tipo ideal encontró su primer campo de experimentación en las casi contemporáneas Constituciones checoslovaca y austríaca de 1920. En esta última, con el fin de asegurar el respeto de la Constitución federal y de las competencias de *Bund* y *Länder*, se instituyó un Tribunal Constitucional Federal (*Verfassungsgerichtshof*), cuya composición garantizaba el índole neutral, permitiendo realizarse la primera condición requerida por la teoría kelseniana: la independencia y la posición de tercero, características de la jurisdicción¹³.

1271

De Kelsen sobrevive lo más importante: su propuesta (hoy incluso reforzada) de confiar el control de las leyes a un Tribunal especializado y no al jefe de Estado (como en Schmitt), al propio Parlamento (como

12 *Ivi, passim.*

13 Sobre la influencia de Kelsen en la institución del actual Tribunal Federal austríaco, v. el clásico C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), reimpr. Lgdj, Paris, 1986; en alemán entre otros R. MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Springer, Wien, 1963; F. ERMACORA (ed.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Braumüller, Wien, 1982; N. LESER, “Hans Kelsen und die österreichische Bundesverfassung”, en ÖSTERREICHISCHE PARLAMENTARISCHE GESELLSCHAFT (ed.), *75 Jahre Bundesverfassung*, Verlag Österreich, Wien, 1995, p. 789 ss.

en Reino Unido o Francia) o a cada juez (como en los Estados Unidos). Viceversa, muchas soluciones particulares propuestas en el comienzo del siglo XX hasta los años 20 y después demuestran una escasa actitud prognóstica, frente al desarrollo distinto del derecho procesal constitucional en el mundo. Además, no prevé la evolución de un contexto, en el que los tribunales constitucionales se transformarían, de guardianes de la constitución y controladores de las competencias de los poderes democráticos tradicionales (y del equilibrio territorial), como él los consideraba, en un poder autónomo, más alto que los demás.

3. El modelo kelseniano a la luz de la praxis de la segunda posguerra: los elementos determinantes

3.1. Una propuesta exitosa (con algunas excepciones): un control externo y sucesivo

1272

La idea de encomendar el control de la Constitución a un juez neutral e a un órgano legitimado directamente por el pueblo non es seguramente de Kelsen. Además de Coke, entre 1776 y 1787, muchas sentencias de las colonias ya habían elaborado una conspicua jurisprudencia en relación a la constitucionalidad de los actos normativos: jurisprudencia a su vez precedida por algunos aspectos del propio *Privy Council* inglés, en cuanto había declarado ilegítimas las leyes de las asambleas coloniales que se oponían al Derecho de la madre patria¹⁴. Al comienzo del siglo XIX, en los Estados Unidos el control de constitucionalidad por parte de los jueces ya había adquirido relevancia afirmándose –al lado y más allá de la idea de ley superior– del concepto de constitución rígida, utilizada como

14 B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 125 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Los primeros pasos del Tribunal Supremo norteamericano: la pre-Marshall Court (1790-1801)”, en *Rev. dir. públ.*, n. 4, 2010, p. 9 ss.; Id., “La judicial review en la pre-Marshall Court”, en *Teoría y real. const.*, n. 28, 2011, p. 133 ss.; D.O. MCGOVNEY, “The British Origin of Judicial Review of Legislation”, en *Un. Pennsylvania L.R.*, n. 93, 1944, p. 1 ss.; G. GENTILI, “Sulla strada per *Marbury*: il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di *Marbury v. Madison*”, en R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (eds), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Esi, Napoli, 2012, p. 21 ss.

parámetro de legitimidad de las leyes ordinarias, y había sido teorizado, entre otros, por Hamilton y Madison en varios ensayos del *Federalist*. Dándole una configuración sistinta, pues distintos eran los presupuestos, Kelsen solo repitió una idea ya sólida, que, sin embargo, todavía sufre numerosas resistencias.

En los países socialistas, para frenar la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad, se usó (y todavía se usa) la teoría que allí se contrapone a la de Montesquieu: o sea, la unidad del poder estatal¹⁵. La actuación de verdaderos y propios Tribunales Constitucionales ha sido, por lo tanto, rechazada y fue considerada, durante la vigencia del bloque soviético, no coherente con el orden de las instituciones y con las ideas-guía que lo inspiran, como lo demuestra incluso la nueva Constitución cubana de 2019¹⁶. En cambio, resulta plenamente compatible con ese sistema que la vigilancia de la conformidad de las leyes a la Constitución y, más en general, de la aplicación de la misma, se otorgue a la propia asamblea representativa o al órgano más restringido y permanente del Parlamento, el *Praesidium*. Por razones distintas, el Reino Unido se sitúa al lado de los sistemas socialistas: el Parlamento prevalece, y en segunda instancia la tradición. Así también durante mucho tiempo en Francia, a la que dedicaré unas líneas más adelante.

1273

La actuación en un número inmenso de ordenamientos de Tribunales constitucionales organizados según el esquema de Kelsen no excluye que, a su lado, otros órganos tengan que cooperar en la función de control de constitucionalidad de las leyes u otros actos, durante el procedimiento establecido para su aprobación. Sustancialmente, empero, la labor de los teóricos americanos y, en Europa, de Kelsen, fue premiada

15 Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1988, p. 723 ss.

16 Sobre la justicia constitucional en los ordenamientos socialistas remito a la bibliografía citada en mi libro *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, trad. esp. *Sistemas de justicia constitucional*, en L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo IV, Torino-Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020; y en el capítulo X de L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B; sobre la nueva constitución de Cuba véase la secc. monográfica de *Dpce on-line*, n. 1, 2020.

con la afirmación —cuando no unánime, muy difusa— que tiene que haber un control neutral de respeto por parte de la ley a la constitución.

La idea del juez externo al Parlamento, o al binomio Parlamento/ ejecutivo, se conecta con la fase en la que se da el control. Un control interno al Parlamento, situado dentro del procedimiento de formación de la ley, no es muy eficaz, básicamente ni siquiera es un control, sostienen tanto el *Federalist* como Kelsen. Hemos visto que Kelsen niega la posibilidad de establecer un control previo, que la doctrina considera comúnmente el control “político” por excelencia. El control *a priori* no ha encontrado excesiva fortuna, excepto en los ordenamientos que sufrieron la dominación colonial de Francia o, también, influenciados de otra manera. Muy pocas veces el control previo agota, dentro de cada ordenamiento, las posibles formas de control de constitucionalidad. Esto, en cambio, es lo que sucedió en Francia hasta que, en 2008, se introdujo la *question prioritaire de constitutionnalité*¹⁷. (Recuerdo, sin embargo, las *advisory opinions*, que caracterizan la actividad (¿jurisdiccional?) de Canadá y otros ordenamientos.)

1274

3.2. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: un control fuera del alcance del Presidente del Reich (o de la República)*

Retomando la tesis del *pouvoir neutre* del monarca elaborada por B. Constant, pero adaptándola a un ordenamiento republicano como lo era la Alemania de Weimar, al comienzo de los años 30 Carl Schmitt indetificaba en el jefe del Estado, con argumentos variados, al único guardián de la Constitución¹⁸. Si bien no negaba el papel del Presidente y del mismo Gobierno en el control de constitucionalidad, al inicio de los años 30, Kelsen le oponía que «La tesis de que el jefe del Estado y ningún otro órgano sea el calificado guardián de la Constitución» no tenía otra finalidad

17 Las constituciones de Congo, Chad, Mali, Togo, etc., como la de Kazakstán, contemplan —siguiendo los pasos de la Constitución de la V República Francesa— un control preventivo de las leyes, de los reglamentos parlamentarios, y de los proyectos de leyes y de tratados, pero al lado de formas de control sucesivo; incluso en otras partes, no es ausente la previsión de controles sobre decisiones legislativas u otros actos, bajo solicitud de órganos determinados, como en Portugal y Rumania.

18 C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit.

salvo «volver a poner en uso (...) un arnés justamente abandonado a la pólvora», trayendo de «fuera del desván del teatro constitucional el trozo de escenario más viejo»¹⁹. Situar el control “fuera” —éste decía a los defensores de la división de los poderes, pero con escasa clarividencia— no afecta a la supremacía del Parlamento, que de todas maneras está asegurada por la posibilidad de legislar, si no en forma de ley, en forma de ley constitucional, impidiendo a cualquiera el juicio sobre las elecciones de los representantes del pueblo²⁰.

De importancia menor para desmentir el éxito de la propuesta kelseniana parece entonces la circunstancia que, en casi todos los ordenamientos republicanos, el Presidente, *de iure* o *de facto*, contribuye al control de la constitucionalidad: no solo donde él está legitimado, a veces compitiendo con otros órganos, para recurrir al Tribunal Constitucional o para solicitarle una decisión o un dictamen, sino sobre todo en caso de que pueda oponer su propia voluntad a la del Parlamento, al final del procedimiento legislativo, (también) por razones de constitucionalidad. Salvo excepciones poco frecuentes, semejante intervención todavía se registra hoy a través de diversas modalidades de participación en el procedimiento legislativo: el reenvío al Parlamento de la deliberación legislativa, la sanción o la promulgación (o el rechazo de estas últimas), y un poder de veto o de reenvío superable por una nueva deliberación de las Cámaras se encuentra en varios ordenamientos²¹. Ello, de todas formas, se coloca siempre *a latere* de aquello ejercitado por el Tribunal constitucional o, en los sistemas de *common law*, por los jueces.

1275

19 H. Kelsen, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, cit., p. 234 s., y *supra*, nota 9.

20 H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, cit., p. 171 ss. Esta afirmación, que criticaré en el § 4.4, será desmentida asimismo por los desarrollos posteriores, que —como se verá a continuación, §§ 4 y 5— confirman el ataque a la división de los poderes que se ha dado en el denominado Estado constitucional.

21 Lo recuerda también H. Kelsen, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, cit., p. 280 s., citando la Constitución de Weimar. En este sentido, por ej., la Constitución rusa confiere al Presidente el poder de reenviar las leyes y anular los decretos y las ordenanzas del Gobierno de la Federación Rusa contrarios a la Constitución, a las leyes federales y a los edictos del Presidente. *Vid.* los arts 107 y 115.3. El art. 80.2 configura al Presidente como verdadero y propio garante de la Constitución, con poderes de suspensión de actos inconstitucionales y de veto en el ámbito de la función legislativa.

La elección de Kelsen en beneficio del control jurisdiccional de la Constitución concentrado en un Tribunal especializado se enmarca en el antagonismo con Schmitt (y no en la contraposición entre “político” y “jurisdiccional”). Su polémica estaba dirigida sólo en negar que el *Hüter der Verfassung* pudiera ser el Presidente del *Reich* y en afirmar la naturaleza jurisdiccional del órgano encargado de controlar la Constitución.

3.3. La concentración del control: del modelo concentrado y abstracto kelseniano (y de aquel concentrado y concreto estadounidense) a los sistemas contemporáneos

En el transcurso de las últimas décadas, con las oleadas de los nuevos constitucionalismos consolidados en todas las partes del mundo, han llegado a ser numerosos los ordenamientos que –antes que confiar a cada juez el control de constitucionalidad, o potenciar el papel del Tribunal Supremo como Tribunal Constitucional, o, finalmente, dividir la competencia entre jueces ordinarios y un Tribunal Constitucional especializado– han optado por un Tribunal Constitucional *ad hoc*, llamado a ejercer *en exclusiva* tareas de control sobre leyes y/o sobre otros actos de los órganos constitucionales o de entes centrales o periféricos.

1276

Todo ello no implica que el modelo que normalmente la doctrina contrapone al de Kelsen –el difuso– haya desaparecido. Entre los ordenamientos más significativos de *common law* que se inspiran en el sistema estadounidense y en el llamado *supreme court model*²² se citan Canadá y Australia. Expresiones de algunos institutos o procedimientos de la *judicial review* estadounidense también se encuentran en varios países de Asia y de África, antes sujetos al domino colonial inglés (donde entonces, al lado de formas indígenas de hacer derecho, se ha asentado el *common law*), como por ejemplo, Kenya, Uganda, o Nigeria, en Oceanía (es. Vanuatu y Samoa), en Asia y el Caribe.

22 Sobre los modelos de “Corte Suprema” y de “Corte Constitucional” v. M. CAPPELLETTI, J.C. ADAMS, “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, en *Harvard L.R.*, n. 79, 1966, p. 1207 ss.

En casi todos los ordenamientos de América Latina el control fue originariamente solo difuso (incluso si, como en los Estados Unidos, a las Cortes en la cúspide del sistema se reservaban competencias exclusivas), y, en este continente, la práctica y, después, la constitucionalización de institutos autóctonos como el amparo o similares fue acompañada por el reconocimiento de tales formas de control por parte de los jueces. En las últimas décadas, por otro lado, se asiste a una progresiva concentración del control de constitucionalidad en las salas constitucionales de las Cortes Supremas, o a la paralela institución de específicos Tribunales Constitucionales. El control difuso es bien conocido también en otras áreas, como en el norte de Europa, en Japón, en el este europeo además de en Grecia, donde el principio de la inaplicación judicial tiene raíces lejanas en el tiempo²³.

Pero, el modelo norteamericano ¿es difuso de verdad? Ya en otros escritos he intentado demostrar que incluso en Estados Unidos el control nació concentrado, como en Kelsen²⁴.

1277

La *Verfassungsgerichtsbarkeit* —es sabido— nace para la defensa de las competencias. Sin querer remontarnos hasta los mismos orígenes en la antigua jurisdicción del Sacro Imperio Romano (*Reichsgerichtsbarkeit*), se ha señalado que en las Constituciones de los Estados alemanes aprobadas después de 1830, la jurisdicción constitucional de las controversias entre órganos del Estado o en todo caso en materia de derecho estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) no pudo arraigar en defecto de instancias federales. Es en cambio en la estructura federal de la Confederación alemana del 1815 donde se puede hallar el germen de la justicia constitucional, y justo en materia de regulación de competencias entre los Estados partícipes de la

23 W. SKOURIS, “Constitutional Disputes and Judicial Review in Greece”, en C. LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 179 y 186.

24 Además de los manuales y libros anteriores sobre justicia constitucional, véase espec. *Concentrado/difuso: una dicotomía agotada*, en AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, 3 vols, Giappichelli, Torino, 2016, vol. II, p. 1725 ss., y en *Rev. der. empresarial*, n. 3, abril 2015, p. 119 ss.; *Control jurisdiccional vs control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de éste último)*, en *An. iberom. de just. const.*, n. 23 (1) 2019, p. 43 ss., y en *Rev. der. const. comp.*, n. 1, 2019, p. 1 ss.

Confederación misma, y también de conflictos entre Federación y Estados confederados. Tal esquema fue recogido luego en la Constitución suiza de 1874, en la de Weimar de 1919 y por fin –racionalizado por Kelsen– en la Constitución austríaca de 1920 (donde el núcleo central de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* fue, y es hoy, representado por la regulación de las competencias de *Bund y Länder*)²⁵.

Sin embargo, así también la *judicial review* estadounidense nació como concentrada, y por razones parecidas: el art. III, sec. I de la Constitución de los Estados Unidos afirma: «The judicial power of the United States shall be vested in *one* Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish (...)»²⁶. Nótese que la previsión de otros Tribunales federales es sólo posible, como explica Hamilton en el n. 81 del *Federalist*, justificándola en base a razones prácticas (si bien, en varios ensayos, hace referencia a menudo a las *courts*, en plural). La sección II, § 2, confiere a la Corte Suprema competencia originaria, «In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, *and those in which a State shall be party*».

1278

La Constitución, además, no contiene al inicio, como todos saben, algún *Bill of Rights*. ¿Qué podían juzgar los tribunales ordinarios? No las competencias, que eran competencia de la Corte Suprema; no las libertades, excluidas de la Constitución y –incluso después el *Bill of Rights*– casi solo de competencia estatal, pues la materia no es federal, sino son los Estados los que pueden decidir sobre derecho civil y penal. Con la *incorporation*, después de la guerra civil, la competencia del juez se extenderá de facto a las libertades y a los derechos; sin embargo, al inicio el problema es cómo respetar las competencias respectivas de los poderes,

25 Vid. J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.

26 G. SACERDOTI MARIANI, en G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1991, 106, nota 88, afirma que «con l'uso di *one* si vuole insistere sull'unicità della Corte Suprema». Conforme al texto, y de manera profundizada, evidencia las características “centralizadas” de la Corte Suprema de los Estados Unidos E. ANDREOLI, “*A deal is (not ever only) a deal: Original jurisdiction*, logica consensualistica e accentramento del controllo di costituzionalità negli Stati Uniti d'America”, en *Federalismi.it*, n. 15, 2016, p. 1 ss.

de los Estados y de la Federación. Cuestión que sólo compete a la Corte Suprema, Tribunal federal —concentrado, diremos— de única instancia. Sólo después el elemento del carácter difuso asume consistencia, pero viene en parte frustrado por el poder de la Corte Suprema de seleccionar los casos a través del *writ of certiorari*, para así ocuparse sólo de los problemas de constitucionalidad. Motivo por el cual la Corte Suprema para la común percepción viene considerada como Tribunal Constitucional. ¡La Constitución es lo que la Corte Suprema, *no otras*, dice que es!²⁷.

A nivel de elaboración teórica, el celeberrimo ensayo n. 78 del *Federalist*, que sienta las bases del control de constitucionalidad se refiere al conflicto entre «aquella (ley) que posee fuerza obligatoria y validez superior» y las otras; entre «la Constitución y la ley ordinaria, la intención del pueblo, a la intención de sus mandatarios». En el *Federalist*, el problema principal estaba representado por los conflictos, sea entre los poderes, sea sobre todo entre las entidades públicas, y el tema es recurrente. En muchos ensayos, como es opinión ni siquiera nueva en la doctrina americana, es evidente que Madison y Hamilton tenían en mente solo esto: un control concentrado en las manos de la Corte Suprema. En el ensayo n. 19 Madison y Hamilton recuerdan los mecanismos (concentrados) de solución de las controversias entre los Cantones en la Confederación Suiza; en el n. 49 Madison evoca el “Consejo de los Censores” en Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784, y en el n. 80 Hamilton menciona a la Cámara Imperial creada por Maximiliano a fines del siglo XV; es aquí especialmente que reconduce el tema del “medio constitucional para hacer aplicar las disposiciones constitucionales” lo que constituirá el límite de las competencias estatales²⁸.

1279

27 La frase: «the Constitution means what the Courts say it means» fue pronunciada por el *Chief Justice* Charles Evans Hughes (1907), sin explícita referencia a la Corte Suprema, aunque, tal y como recuerda S. BAGNI en la voz “Interpretación comparada”, en E. FERRER MAC-GREGOR, F. MARTÍNEZ RAMÍREZ, G. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Unam-Iij, México, 2014 (2ª ed., 2 vols, 2014), p. 729, la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *Cooper v. Aaron* (358 US 1 - 1958), afirmó: «La interpretación de la Enmienda Decimocuarta enunciada por esta Corte en el caso *Brown* es la ley suprema del país».

28 Cfr. A. REPOSO, “The Federalist, Judicial Review e Stato federale”, en *Il Politico*, 1987, p. 37 ss.

La idea de un Tribunal *ad hoc* entonces no fue originaria de Viena (y pese de los antiguos precedentes alemanes y suizo), aunque fue justamente Kelsen quien le ha otorgado sus características bien conocidas, tratadas en el § 2. La praxis del siglo XXI –por lo que se refiere a la propuesta de crear un Tribunal especializado– va precisamente en la dirección indicada por él.

4. La transformación del modelo kelseniano: los elementos fungibles y la expansión cuantitativa de la “politicidad”

«Cuando el legislador autoriza el juez a evaluar, entre ciertos límites, intereses contrastantes entre ellos, le atribuye un poder de creación del derecho, entonces un poder que otorga a la función judicial el mismo carácter “político” que –aunque en medida mayor– tiene la legislación» –escribe Kelsen²⁹–, que explica repetidamente que la jurisdicción es “política”, en cuanto su naturaleza está «en la resolución de conflictos de interés, en la “decisión” (*Dezision*)», y que «el carácter político de la jurisdicción es tanto más marcado, cuanto más amplio es el poder discrecional que la legislación, por su naturaleza general, le debe dejar necesariamente»³⁰.

1280

Lo que no ha prefigurado Kelsen (a pesar de Lambert³¹) es la progresiva parificación, hasta la inversión, de los poderes de los jueces (constitucionales) y del legislador: en términos cuantitativos, la prevalencia de la discrecionalidad del juez de las leyes, frente a los órganos del poder político en el desarrollo de la Constitución gracias también al poder de autocreación judicial concedido o auto-atribuido por los mismos. Ha creado un modelo coherente y “puro”, como tal destinado a ser integrado, corregido e incluso, desmentido por la historia, que ha transformado a los Tribunales Constitucionales de “custodios de la Constitución” en “actores” del proceso de decisión política; de participantes en este proceso

29 H. KELSEN, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, cit., p. 242.

30 *Ibid.*

31 É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre le législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921.

en el marco de la división de poderes en *protagonistas* (en el sentido etimológico de la palabra), incluso en contra del equilibrio entre ellos.

Todo ello, a través de la expansión de algunos factores sobre los que Kelsen se mostró a veces flexible, dejando espacio a soluciones diferenciadas: el acceso, los tipos de sentencia, la eficacia en el tiempo de las mismas, a los que hay que añadir la extensión del parámetro y del objeto. La falta “cuantitativa” se debe al desarrollo concreto de la justicia constitucional que, sin embargo, plantea las interrogantes expuestas por Tusseau sobre el “dogma” del control jurisdiccional de las leyes: ¿por qué se debería preferir la decisión de un Tribunal Constitucional (libre, discrecional, desvinculada del léxico y la historia de una Constitución, anclada en ponderaciones opinables si no arbitrarias), a las evaluaciones de los cuerpos políticos, llamados a responder a las elecciones del pueblo?³².

4.1. El acceso: una visión (en parte) *narrow minded*, desmentida ya en el año 1929 por la propia Constitución austriaca

Sobre el acceso, Kelsen prevé un abanico de órganos que pueden solicitar la decisión del Tribunal, sin excluir la acción popular y el recurso de una minoría cualificada del Parlamento. Sin embargo, su preocupación principal son los conflictos entre entes territoriales y poderes del Estado. El “recurso” (*recte*, excepción) por parte de los jueces en el curso de un juicio solo es una de las tantas posibilidades otorgadas a todos los sujetos llamados a aplicar la Constitución.

La evolución de la justicia constitucional en el mundo ha seguido caminos distintos, no solo en los sistemas influenciados por el arquetipo estadounidense.

En general, en cada ordenamiento individual las modalidades de acceso se integran entre ellas. Todavía hoy, en todos los ordenamientos descentralizados –federales o regionales– una de las funciones de mayor relevancia desarrolladas por el Tribunal Constitucional es la solución de

32 G. TUSSEAU, “Deux dogmes du constitutionnalisme”, en AA.Vv., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Dalloz, Paris, 2018, p. 835 ss.

conflictos entre centro y periferia, previo recurso de los órganos interesados³³. No es casual que las dificultades a la introducción de un pleno control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las leyes sean características de ordenamientos concentrados, como Francia o el Reino Unido. La propia evolución reciente de estos dos últimos países confirma la tesis antedicha³⁴.

En Austria, a la limitación en el acceso se puso pronto remedio con la reforma de 1929 que la confirió al Tribunal Judicial (Corte de

33 Desde Bélgica a Italia, desde Austria a Brasil, desde Alemania a España y a Rusia, etc. En clave comparada v. de forma especial E. ORBAN (ed.), *Fédéralisme et Cours suprêmes - Federalism and Supreme Courts*, Bruylant, Bruxelles-Montréal, 1991; sobre la evolución del modelo kelseniano en esta perspectiva v. S. BAGNI, “Stato autonomico e composizione degli organi di giustizia costituzionale”, en *Le ist. del federalismo*, n. 2, 2002, p. 375 e ss.; A. RINELLA, M. TOBIA, “I giudici costituzionali nei sistemi federali”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 8, 2004, p. 403 e ss. Sobre la resolución de los conflictos en la Federación Rusa v. sobre todo C. FILIPPINI, *Dall'Impero russo alla Federazione di Russia. Elementi di continuità e di rottura nell'evoluzione dei rapporti centro-periferia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 299 ss. y especialmente, sobre el rol de la Corte, p. 311 ss.

34 En Francia, el abandono del trámite previo como único modo de acceso al *Conseil constitutionnel* y la introducción del control constitucional posterior se ha registrado en consonancia con algunos procesos de descentralización. Conforme al art. 74.9 Ley n. 2003-276 del 28 de marzo de 2003, de hecho, al *Conseil* pueden ahora recurrir los entes de ultramar interesados porque han constatado que una ley estatal ha invadido su competencia. Se trata por tanto de un control *a posteriori*, por primera vez constitucionalizado en Francia, tras algunos pronunciamientos en este sentido del *Conseil constitutionnel*, y de un control sobre el respeto de las competencias de los entes descentralizados (en la línea de los modelos americano y austriaco): sobre la reforma francesa cfr. L. PEGORARO, G. PAVANI, “La novella costituzionale francese del 2003 sul decentramento territoriale”, en *Amministrare*, n. 2, 2003, p. 285 ss., y, además de otros ensayos incluidos en el mismo fascículo monográfico de esta Revista, de forma más extensa M. CALAMO SPECCHIA, *Un nuovo “regionalismo” in Europa. Il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Giuffrè, Milano, 2004.

En el Reino Unido, en busca de un juez neutral de los conflictos, el Parlamento ha aprobado una profunda reforma del ordenamiento judicial, operada por el *Constitutional Reform Act 2005*, el cual, para separar de forma más nítida competencias y atribuciones, y al mismo tiempo dar mayor transparencia a los nombramientos en el ámbito del poder judicial, ha previsto la institución de una Corte suprema separada del poder legislativo (el mismo poder que con leyes devuelve las competencias al Parlamento y asambleas periféricas). Dicha Corte es competente para dirimir conflictos de competencia entre el Parlamento de Westminster y aquellos regionales. Después la institución de la Corte Suprema, v. B. DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford Scholarship online U.P., 2013; G. GEE, R. HAZELL, K. MALLESON, P. O'BRIEN, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge U.P., 2015; J.E. HUSHAL MURKENS, “Judicious Review: The Constitutional Practice Of The UK Supreme Court”, en *Cambridge L.J.*, n. 77 (2), 2018, p. 349 ss.

Casación) y a la Corte de Justicia Administrativa (Consejo de Estado), después con la de 1975 que contempla también los Tribunales de segundo grado, con la reforma de 2012 que amplía el acceso a los Tribunales administrativos de los *Länder* y con las innovaciones, vigentes desde 2015, que se abren para todos los jueces ordinarios.

Italia y Alemania han hibridado las características principales de los dos modelos reputados originarios, generando un modelo nuevo (el control de constitucionalidad por parte de un órgano especial, a través de incidente procesal promovido por los jueces ordinarios); por otro lado, en los respectivos ordenamientos se ha mantenido también una trayectoria de la justicia constitucional anclada al arquetipo kelseniano. La “vía intermedia” consiste en lo siguiente: el órgano llamado a impartir justicia constitucional es único y “especializado”, como en Austria; pero, al igual que en los Estados Unidos, cada juez está involucrado en el ejercicio del control de constitucionalidad: puede, y en ciertas circunstancias más bien debe, llevar a cabo un juicio preliminar de conformidad a la Constitución de la ley aplicable a un caso concreto y, sólo si tiene la duda (o la razonable certeza) de que existe una contradicción, interpone la cuestión al Tribunal Constitucional. He aquí la razón del *nomen* atribuido a este modelo, definido como “incidental” puesto que se articula en torno a un incidente o excepción procesal, y no a un recurso directo.

1283

La solución “incidental”, introducida en los años 40 por Italia y la República Federal Alemana, ha cosechado enorme éxito, y a su vez circulado, logrando influenciar, además de a España y a muchos ordenamientos del este europeo, incluso a la V República francesa (y antes a sus ex colonias). Ello hace de este procedimiento, probablemente el más extendido en el mundo: un *híper genus* que seguramente ha superado a la fórmula kelseniana del control concentrado “puro” no solo en Europa³⁵, sino también en África, Asia y América Latina.

35 M. CALAMO SPECCHIA, L. MONTANARI, “Introduzione”, en ID., “L’accesso in via indiretta alle Corti costituzionali”, sección monográfica de *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2014, p. 319 ss. (y espec. p. 328).

La propuesta de Kelsen no fue entonces abandonada, pero no ha prevalecido: en el *common law*, por la permanencia del control concreto (surgido durante un juicio) como modalidad principal de cada sistema; en el resto del mundo, por la *prevalencia* del mismo, aunque dirigido, a través de la excepción procesal, a solicitar la decisión de un Tribunal concentrado *ad hoc*.

4.2. Sentencias: un abanico limitado

El interés de Kelsen sobre las decisiones del Tribunal Constitucional está dirigido sobre todo (mejor: casi solo) en las sentencias estimatorias y en sus efectos. Tanto en Europa como en América, la rígida alternativa “estimación-rechazo”, imaginada por él, ha mostrado bien pronto sus límites frente a la extraordinaria variedad de situaciones que los Tribunales Constitucionales deben regular. Bien, en una primera fase, la jurisprudencia, bien, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y ulteriores de pronunciamiento³⁶. La doctrina de varios países las denomina “parciales”, “interpretativas”, “aditivas”, “manipulativas”, “optativas”, “monitorias”, “de mecanismo”, “de principio”, etc.³⁷.

1284

36 «En algunos ordenamientos –observa R. GUASTINI, “La grammatica dei diritti”, parte I, cap. XIV de Id., *Discutendo*, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, p. 176– el juez constitucional actúa no solo como legislador negativo, sino también como “legislador positivo”. Es decir, no se limita a anular leyes, sino crea –en positivo– normas de ley nuevas y/o substituye normas de ley preesixtentes, dictando sentencias de los tipos siguientes: (a) es anulada la ley L donde “no” dispone (omite de estatuir) la norma N (sentencias así dichas “aditictivas”); o (b) es anulada la ley L donde dispone la norma N1 “en lugar de” la norma N2 (sentencias así dichas “substitutivas”)».

37 Sobre varias tipologías de sentencias: G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa-Imdpc, México, 2011; C. BLANCO DE MORAIS (ed.), *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, Aafdl, Lisboa, 2009; C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2013. Un análisis comparado eficaz en G. TUSSEAU, “Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d’une taxonomie des sentences constitutionnelles”, en G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 169 ss.

Incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un *quid* de innovación —destaca Kelsen. El problema no es, por tanto, la “cualidad” de las sentencias, sino la “cantidad” de actividad creadora. En consecuencia, no había razón alguna por la cual la jurisprudencia constitucional no crease también estas nuevas categorías de pronunciamientos³⁸. Puede suceder que el juez declare la inconstitucionalidad de una disposición legal “en la parte en la que *no* prevé algo” (sentencias “aditivas”), o incluso en la parte en la que se prevé una cosa *en lugar de* otra (sentencias “manipulativas”); o que simplemente el Tribunal establezca él mismo la regulación de una determinada materia, partiendo del caso expuesto, pero vinculando, en consecuencia, a todos los poderes públicos y los particulares³⁹. La jus-

38 Al inicio de la actividad de los Tribunales fue evidente que los mismos podían anular un texto legislativo entero, pero ante el silencio de las fuentes también les estaba permitido resolver vicios propios de una disposición singular, salvando la parte restante de la ley no afectada por vicio alguno. Las sentencias denominadas parciales hoy son la regla en cada ordenamiento y recientes textos constitucionales o legislativos precisan que el Tribunal Constitucional puede anular una ley «o partes de ella» (Lituania, Ucrania, Georgia, Eslovenia ...).

39 Ejemplos significativos del fortalecimiento del *arsenal* puesto a disposición de los Tribunales están representados por la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* italiana y del Tribunal Constitucional alemán. [Véase G. TUSSEAU, “Remarques sur l’arsenal’ des juges constitutionnels”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, II, p. 1615 ss.; Id., “Les juges constitutionnels comme autorités normatives”, cit., p. 169 ss.] La primera, en el curso de los años, ha dado vida a numerosos pronunciamientos —según los casos sentencias u ordenanzas— que la doctrina ha clasificado en varias categorías, dentro de las tipologías más amplias representadas por las decisiones estimatorias y desestimatorias, y por los pronunciamientos “procesales” y “substanciales” (M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984): en los juicios en vía incidental, decisiones por falta de fundamento, interpretativas de falta de fundamento, manifestamente infundadas, aditivas, manipulativas, aditivas “*di principio*”, “*di meccanismo*”, etc.; en los juicios en vía principal, por recurso, decisiones de extinción por renuncia, de suspensión de la materia objeto de la disputa, de reenvío de la causa a una nueva instancia, de ilegitimidad, de falta de fundamento, interpretativas de falta de fundamento, de manifiesta inadmisibilidad, manifestamente infundadas, de inadmisibilidad, etc. [Cf. R. ROMBOLI (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005.] El segundo, junto a las sentencias de conformidad con la Constitución y a aquellas interpretativas de conformidad, ha elaborado las sentencias de conformidad con apelación al legislador, las sentencias de nulidad parcial, y sobre todo aquellas de incompatibilidad —con las cuales los jueces constitucionales se dirigen al legislador y a los órganos administrativos y jurisdiccionales con indicaciones sobre la aplicación o inaplicación de la ley— además de los fallos de mera inconstitucionalidad, que no están acompañados de

ticia constitucional moderna surgió, en realidad, con una sentencia “aditiva”, *Marbury v. Madison*, ¡donde Marshall dijo que la ley es inconstitucional en la medida en que *no prevé* el *mandamus* en favor de Marbury!

La praxis de los Tribunales Constitucionales es que utilizan de vez en cuando el principio más *políticamente* útil –salvar la Constitución, o salvar su evolución–, apoyándose en las motivaciones para ofrecer un marco jurídico/racional a sus opciones políticas (en el sentido kelseniano). Tienen de hecho la disponibilidad total de las decisiones y motivaciones: las palabras vagas de las Constituciones y leyes les permiten el control casi total del proceso constitucional, del *reasoning*, de su éxito y sus efectos. Quizás, ello explica la reacción de parte de (parte de) la doctrina y del poder político de algunos países, especialmente latinoamericanos, de limitar la discrecionalidad de los Tribunales Constitucionales a través de códigos procesales constitucionales aprobados por los Parlamentos, disminuyendo así la *soberanía* del proceso que tienen los Tribunales⁴⁰.

1286

4.3. El dominio sobre el tiempo: una teoría “pura” y la *efectiva* eficacia temporal de los pronunciamientos

La posición de Kelsen acerca de la eficacia de las sentencias estimatorias es la lógica y racional consecuencia de su teoría general del derecho: la decisión es un acto de anulación de la ley o de disposiciones singulares de la misma, y su eficacia es *pro futuro*, salvo un limitado efecto retroactivo. No le interesan la eficacia de las sentencias no estimatorias, no se ocupa de la vinculatividad de “principios” enunciados en la motivación, no toma en cuenta la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, pese a la rica experiencia del *common law*, tampoco los problemas de la argumentación y los contextos de decisión y de justificación.

una declaración de nulidad de la ley hasta la intervención del legislador. Para una comparación entre los ordenamientos alemán y italiano, en relación con un particular tipo de resoluciones, v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

40 Véase al respecto varias obras de D. GARCÍA BELAUNDE, y entre tantas D. GARCÍA BELAUNDE, E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (eds), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Jurista, Lima, 2006, y S.B. ABDAD YUPANQUI ET AL., *Código procesal constitucional*, 3ª ed., Tribunal Constitucional del Perú-Cec, Lima, 2008.

Conforme a la teoría kelseniana, en la mayoría de los casos, las sentencias de inconstitucionalidad operan desde la fecha de publicación de la decisión, o después de una breve *vacatio*, o desde el mismo día de la decisión. No obstante, cierta retroactividad es ineluctable. La retroactividad de las sentencias se detiene frente a las sentencias que sean cosa juzgada (con excepciones a favor de los reos), a veces ante normas procesales y en pocos casos más. Sin embargo, intervenciones en materia social, fiscal, relativas en general al *welfare*, provocan profundas repercusiones no solo en el ordenamiento jurídico sino también en la política, la economía y la sociedad. Los vacíos provocados por la declaración de inconstitucionalidad a veces no pueden ser rápidamente colmados, ni en casos extremos es fácil para el Legislativo y el Ejecutivo enfrentarse a las consecuencias determinadas por la reformulación de una regulación por obra del Tribunal Constitucional⁴¹.

Parece, pues, eficaz el remedio de diferir la eficacia de la sentencia, dando tiempo al legislador a preparar las medidas adecuadas. Ello ha sido introducido por la jurisprudencia de los propios Tribunales y después por las Constituciones o por la legislación de desarrollo, y, en las Constituciones más recientes, la posibilidad de conferir eficacia diferida al pronunciamiento representa más bien la regla y no la excepción. En algún caso

1287

41 Sobre los *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* v. los *Atti del Seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Giuffrè, Milano, 1989; y ahora D. BUTTURINI, M. NICOLINI (eds), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Esi, Napoli, 2014. En la doctrina italiana, con referencias comparativas, M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000. Para España, R. ALONSO GARCÍA, “El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de las SENTENCIAS ANULATORIAS”, EN *REV. ADM. PÚBL.*, N. 119, 1989, P. 255 SS.; R. PUNSET BLANCO, “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.2 de la LOTC”, en *An. der. const. parl.*, n. 7, 1995, p. 33 ss. Para Brasil, M. E. MALAQUIAS FERREIRA, “Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdiccional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal”, en *Rev. inform. legisl.*, n. 173, 2007, p. 193 ss.

no solo los Tribunales Constitucionales pueden, cuando ello se muestre oportuno, diferir la eficacia de las sentencias, sin límites de tiempo, como en la República Checa y en Bélgica, o dentro de un año, como Eslovenia y Turquía, o 18 meses, como en Austria, sino incluso la *vacatio* de las sentencias opera *de iure*, como en la República Eslovaca, donde algunas disposiciones normativas cesan de tener eficacia seis meses después de la declaración de inconstitucionalidad en caso de que el órgano competente no haya tomado medidas. La suspensión de la eficacia de las sentencias o la anticipación de los efectos del pronunciamiento también está regulada –con relación a determinadas eventualidades– por la Ley del Tribunal Federal alemán, y, desde 2008, por la Constitución francesa, además de por otros textos constitucionales o legislativos⁴².

La teoría cede ante una praxis distinta, de nuevo a favor de la discrecionalidad judicial.

4.4. Objeto del control: una visión no prognóstica

1288

Como los teóricos americanos y franceses, la preocupación principal de Kelsen es justificar el ataque a la ley⁴³ y a la soberanía popular por parte de los jueces, en su caso el *Verfassungsgerichtshof*. En Inglaterra y Francia el éxito es distinto –ningún control, o control “interno”–; en Kelsen es la calificación del Tribunal Constitucional como “órgano del poder legislativo”.

Lo que Kelsen no podía prefigurar era la pretensión de los Tribunales Constitucionales de controlar la reforma constitucional, porque esta

⁴² Todavía más detallada es la normativa polaca: la Constitución prevé la posibilidad de diferir los efectos hasta 18 meses, si se trata de una ley, o hasta 12 en otros casos, estableciendo también que, en caso de que la sentencia comporte consecuencias financieras, el Tribunal Constitucional «especifica la fecha de cese de la eficacia del acto normativo en cuestión, oído el Consejo de Ministros».

⁴³ Al lado –hemos visto–, objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados de fuerza de ley, los reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. De hecho, en el *common law* (siempre) y en el *civil law* (casi siempre), donde se prevé una jurisdicción de los Tribunales ordinarios y constitucionales sobre los conflictos, pueden ser controlados, para establecer la competencia, incluso actos administrativos o de otra naturaleza, y también hechos/comportamientos (activos u omisivos).

reivindicación se coloca fuera de su teoría general, más cerca de las teorías “no procedimentales” del derecho de Carl Schmitt, con la excepción de los vicios formales del procedimiento. Según Kelsen, el Parlamento puede elegir el procedimiento normal, o el establecido para la reforma constitucional; entonces, los vicios materiales son vicios del procedimiento (error en la elección del procedimiento correcto)⁴⁴. Esta teoría es errónea, porque la elección no siempre está en la disponibilidad del Parlamento, que no es el único órgano que solicita y/o decide la reforma constitucional, ni tiene la completa disponibilidad del mismo.

Sin embargo, el control casi generalizado de la reforma por vicios materiales es lo que se ha afirmado, cambiando totalmente la naturaleza de la justicia constitucional⁴⁵. Algún texto confiere un auténtico y genuino poder de resolver, anteriormente, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de (...) enmiendas constitucionales»⁴⁶, o de decidir sobre la «constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución» (Bolivia)⁴⁷. El art. 141.2 de la Constitución de Moldavia establece que los proyectos de ley de revisión constitucional sometidos al Parlamento sean examinados por la Corte Constitucional, a solicitud, de al menos, cuatro jueces.

1289

El control del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema sobre el proyecto de reforma puede circunscribirse al examen de los vicios formales del procedimiento, o también a aspectos competenciales; para disipar cualquier duda, algunas Constituciones –como la colombiana– aclaran que el control de la Corte Constitucional sobre el proyecto de revisión está limitado al examen de los vicios del procedimiento “en su formación”⁴⁸. Aunque un Tribunal Constitucional esté autorizado a llevar a cabo únicamente un control formal de la revisión constitucional, puede

⁴⁴ Véase por ej. H. KELSEN, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, cit., p. 154.

⁴⁵ Véase S. RAGONE, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012.

⁴⁶ Art. 82.1, n. 2, Const.

⁴⁷ Art. 202.10 Const.

⁴⁸ En el caso concreto, en relación a la convocatoria de un referéndum o de una especial Asamblea Constituyente: art. 241.1, n. 2, Const.

extender el sentido de las palabras: en Costa Rica por ejemplo comprende, según la jurisprudencia de la Corte, también el vicio de competencia (es decir todos los vicios que, de hecho, atentan contra el calificado como núcleo duro, con la consecuencia de que corresponde siempre a la Corte decidir qué se puede reformar y qué no)⁴⁹. En su caso, el control puede extenderse hasta la evaluación de si han sido superados los límites explícitos a la revisión (o, según la jurisprudencia de cada Corte, también los límites implícitos). Un caso particularmente interesante se da en Ecuador, donde la Corte tiene la facultad de decidir en última instancia qué procedimiento de reforma se debe aplicar de entre tres distintos, entre los cuales está el recurso al poder constituyente a través de la convocatoria de una asamblea. Es decir, que ¿corresponde a la Corte, juzgando formalmente sobre el procedimiento, establecer si se trata del ejercicio de un poder constituido o del poder constituyente!⁵⁰.

1290

También en ausencia de una explícita atribución constitucional, numerosos Tribunales Constitucionales o Supremos han reivindicado la función de control de la revisión. En estos casos, el parámetro del vicio evaluable puede ser solo formal (Estados Unidos en *Coleman v. Miller*, 1939, y Argentina, caso *Fayt c. Estado nacional*, 1999), o también material, con referencia a aquellos principios y valores esenciales que justifican el control de las leyes de revisión sobre todo a través de la exégesis de las cláusulas de intangibilidad y del concepto de “ley” sometido a control (Alemania, India). En el sentido de límites implícitos a la revisión se han pronunciado el Tribunal Constitucional peruano⁵¹ e incluso el *Conseil constitutionnel* francés⁵², así como la *Corte costituzionale* italiana, la cual ha identificado a este respecto algunos principios supremos del

49 Véase S. RAGONE, *El control judicial de la reforma constitucional*, cit., p. 75 ss.; Id., “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y real. const.*, n. 31, 2013, p. 391 ss.

50 El control puede ser *a priori* o *a posteriori*, según el procedimiento seguido para llevar a cabo la revisión, como por ej. en Costa Rica y Colombia, o solo *a posteriori* (como en Sudáfrica y Turquía).

51 Sent. del 21 de enero de 2003.

52 ... con dec. del 2 de septiembre de 1992, contradecida, por lo demás, por otra decisión del 26 de marzo de 2003.

ordenamiento constitucional que se oponen a la introducción de normas de ejecución de los *Patti lateranensi* y de normas europeas, y, sobre todo, ha defendido abiertamente la existencia de principios supremos que limitan el poder de revisión⁵³.

Si los jueces de las leyes están habilitados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la Constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en *todas* sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa y luego por Schmitt y por el propio Kelsen: la pregunta hoy no es (sólo) «¿quién controla la ley?» o «¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decisiones de la mayoría de sus representantes?» (cuestión que ni siquiera en algunos ordenamientos teñidos de populismo y socavados por una tradición caudillista nadie hoy hace), sino más bien «¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo *en su núcleo duro*?» y, en consecuencia, “¿quién es el custodio de su núcleo?».

1291

53 Sentencias n. 1146/1988, n. 366/1991, n. 73/2001. Entre ellos también el Tribunal Constitucional austríaco, VfSlg 16.327/2001; sobre la misma cfr. A. GAMPER, “The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court’s Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg”, en A. GAMPER, P. BUSSJÄGER (eds), *The Homogeneity of Democracy: Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Braumüller, Wien, 2003, p. 126. Por el contrario la *High Court* del Malawi [*In Re: Question of the Crossing of the Floor by Members of the National Assembly; In Re: Presidential Reference of a Dispute of a Constitutional Nature under Section 89(1)(h) of the Constitution and Section 65 of the Constitution (44 of 2006)*], entiende no controlables por la *judicial review of legislation* la Constitución –*supreme law of the land* en el sentido de la secc. 5 Const.– y las leyes de revisión constitucional: «It appears to us that even provisions of subsequent amendments to the Constitution, once duly passed in the normal way by the National Assembly and thereby becoming part of the Constitution, those provisions too cannot be invalidated or declared to be unconstitutional or inconsistent with the other provisions of the Constitution»: cfr. M. NICOLINI, “When Southern African Courts Join Judicial Conversation”, en E. CUKANI, M. DICOSOLA, M. NICOLINI, G. POGGESCHI (eds), *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale*, Esi, Napoli, 2015.

4.5. La extensión del parámetro (*idem*)

El carácter estratégico del parámetro lo atestigua el análisis histórico: su extensión ha comportado siempre cambios de rumbo en la estructura de la justicia constitucional. Basta tomar en consideración, a estos efectos, las consecuencias de la adopción del *Bill of Rights* y especialmente de las *Civil War Amendments* en los Estados Unidos, con su extensión a los Estados miembros, y la adopción en Canadá de la Carta de los derechos y libertades⁵⁴.

Kelsen individualiza el parámetro en la Constitución (o sus partes). Los tratados representan a su parecer un *objeto* de control, aunque, en varios escritos, plantea su teoría acerca de las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal, de la cual pueden deducirse consecuencias favorables a la elevación del parámetro al derecho internacional⁵⁵; los tratados, en la teoría de Kelsen, están subordinados a la Constitución, no representan un parámetro del control si no son constitucionalizados y si no se acepta la teoría de la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno (estatal). Tampoco Kelsen se detiene sobre los principios del derecho como parámetro.

La elevación a norma de referencia para la constitucionalidad de las leyes de los tratados o de otros instrumentos de Derecho internacional —o de algunos de ellos, como los que contienen declaraciones en defensa de los derechos— es algo que bien entendido comporta un auténtico desbordamiento de las clásicas perspectivas de la justicia constitucional, sólidamente vinculada a la idea de Constitución como *higher law*. Paradójicamente debe recordarse que tratados y declaraciones de derechos se incorporan a algunos ordenamientos a través de actos

⁵⁴ Véase L. PEGORARO, *Sistemas de justicia constitucional*, cit., p. 203 ss.

⁵⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., parte II, cap. II B y cap. VI; Id., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mor, Tübingen, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989; Id., “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, cit., p. 159 s..

sub-constitucionales (generalmente leyes), así que actos emanados del poder constituido (el legislador, solo a veces mediante procedimientos internos reforzados o atípicos) se equiparan al acto por excelencia del poder constituyente (a saber, la Constitución). Se prescinde con ello de la idea magistralmente expresada por Hamilton, por la que «se deberá preferir (...) a la voluntad de los representantes del pueblo la voluntad del propio pueblo»⁵⁶.

Ello parece expresar —casi fuese la vuelta de la historia— la palin-genesia del jusnaturalismo expresado por el derecho internacional, que remite a los conceptos primordiales de “ley superior” como parámetro metafísico y no positivizado. Hay que distinguir los sistemas en los que los tratados se sitúan por debajo de la Constitución, de aquellos en los que están al mismo nivel, de los que los ponen incluso más arriba. Incluso donde la superioridad de los tratados está fijada en la Constitución, y no solamente fue decidida en la jurisprudencia, ésta se convierte en flexible, atribuyéndose (casi siempre) a las mayorías simples (o a los Gobiernos), a través de los tratados, el poder de individualizar las reglas supremas. El *vulnus* es menos evidente donde, como en la Constitución estadounidense (art. II, secc. II, § 2), se prevé que la aprobación de los tratados exige el favor de 2/3 de los senadores, siendo así al menos en parte confirmada la naturaleza “contramayoritaria” del texto⁵⁷.

1293

A la Corte Suprema estadounidense se puede recurrir con *writ* contra las sentencias de las demás Altas Cortes estatales que han establecido la excepción de inconstitucionalidad de leyes federales, o declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución federal, a leyes federales o —por razones históricas (relaciones con Inglaterra y tribus indias)—, a *tratados*. Aquí, sin embargo, los tratados son aprobados por el Senado a mayoría de 2/3, es decir, con una

56 Ensayo número 78.

57 En Brasil solo los tratados sobre derechos humanos se aproban con los 3/5 de las dos ramas del Congreso (art. 5, § 3); en Argentina las Cámaras votan por mayoría absoluta (arts 24 y 75), en Messico el Senado los aprueba por mayoría simple (art. 76).

mayoría suficiente, en muchos países, para reformar la Constitución. Kelsen, al contrario, no insiste en la flexibilización de la Constitución que depende de la incorporación de tratados aprobados por mayoría simple; entonces, en la función contramayoritaria de la Constitución, en la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Muchos ordenamientos establecen como parámetro todos los tratados o únicamente los tratados, convenios u otros documentos en materia de derechos, mientras que otros imponen a los poderes estatales, y en particular a los jueces, interpretar cualesquiera otras disposiciones conforme a ellos, sin las garantías que en los EE.UU. asegura la mayoría reforzada, con función contramayoritaria⁵⁸.

En España, el Tribunal Constitucional ha reconocido el rango de parámetro a los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas suscritos por el Estado español, tal y como prescribe el art. 10.2 de la Constitución⁵⁹, y la interpretación de los derechos debe ser conforme a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los tratados o acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados⁶⁰. En Portugal, las disposiciones constitucionales sobre el parámetro⁶¹ se integran también con el criterio interpretativo recogido en el

58 Cfr. S. BAGNI, “Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione”, en D. BUTTURINI, M. NICOLINI (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols, I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bup, Bologna, 2017, y en E. ÁLVAREZ CONDE (ed.), M. ÁLVAREZ TORRES (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Comares, Granada, 2017.

59 Cfr. J.M. CASTELLÁ ANDREU, “La Declaración universal de derechos humanos y los convenios internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos como parámetro”, en G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (eds), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 227 s.

60 Ver art. 10.2 Const.

61 Art. 277.1 Const. Para profundizar véase L. AZZENA, “La giustizia costituzionale in Portogallo”, en J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (eds), *Esperienze di giustizia costituzionale. U.S.A., Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia*, 2 vols, Giappichelli, Torino, 2000, p. 261.

art. 16.2, que remite a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶². Algunos ordenamientos latinoamericanos –como Colombia y Venezuela entre otros muchos– han seguido el ejemplo de España y Portugal, introduciendo en los textos constitucionales disposiciones específicas dedicadas a las fuentes internacionales, incorporando los tratados en el bloque de constitucionalidad y regulando su valor interpretativo en relación con

62 En virtud de la obligación de interpretar las disposiciones nacionales conforme a las convencionales relativas a derechos humanos, ambos Tribunales Constitucionales logran el objetivo de ampliar la tutela. Como recuerda G. PAVANI, “Il ruolo del parametro nella classificazione dei modelli di giustizia costituzionale”, ensayo introductorio a M. Savona, *La dinamica dei parametri di costituzionalità nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel francese*, Bonomo, Bologna, 2005, p. 39 s., no obstante, «potenciar la tutela non significa (...)», como ha precisado el Tribunal Constitucional español “abrir las puertas”, mediante la cláusula interpretativa, a nuevos derechos no previstos en la Constitución, sino utilizar los tratados internacionales “para configurar el sentido y alcance de los derechos que (...) recoge la Constitución” (sent. 38/1981 TC), así como remitir a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales previstos por las Cartas internacionales». (Véanse las SSTC 38/1981, 23/1983, 84/1989 y 28/1991.). En clave comparada véanse L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA (eds), *Le Corti regionali tra stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Jovene, Napoli, 2012; L. CASSETTI, A. DI STASI, C. LANDA ARROYO (eds), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo - Derechos y jurisprudencia. La Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, Jovene, Napoli, 2014; L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (eds), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015, así como muchas de las ponencias del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, Tucumán, 17, 18 y 19 de septiembre de 2013 (especialmente aquellas presentadas a las mesas 2B, 2D, 4B), *paper*; las ponencias recogidas en el tomo I, cap. III de E. BLUME FORTINI (ed.), *Retos del constitucionalismo del siglo XXI*, cit.; al menos 15 capítulos en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, y muchos trabajos recopilados en G. CAMPANELLI, F. DEL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, P. PASSAGLIA, A. PERTICI (eds), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2010. Además E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013. Sobre Alemania, v. en español G.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bon, Cec*, Madrid, 1994.

los derechos constitucionales⁶³. Del mismo modo ocurre en buena parte de los Estados de Europa del Este⁶⁴.

Por lo que se refiere a Kelsen y al parámetro, se aborda un último problema: ¿constituyen también los “principios constitucionales” un parámetro en el juicio de constitucionalidad? Existen principios que se derivan de más disposiciones, principios expresados en una concreta disposición –como a menudo el de igualdad– y principios no expresos, pero que representan un presupuesto de las disposiciones constitucionales⁶⁵.

63 V. art. 93 Const. Colombia y art. 23 Const. Venezuela. Un exhaustivo cuadro comparado sobre Latinoamérica en H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho”, en *Rev. per. der. públ.*, n. 12, 2006, p. 67 ss.; ID. (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012; ID., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013; ID., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Ubijus, México, 2014. Véase también V. BAZÁN, “Aproximación a la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en el derecho comparado iberoamericano”, en *Rev. latino-am. est. const.*, n. 4, 2004, p. 367 ss.; E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008; J.L. CABALLERO OCHOA, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009. En particular para Argentina, A. GORDILLO, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Fund. de Der. Adm., Buenos Aires, 1999, espec. cap. III. Con referencia a Brasil, A.R. MUSSI GABRIEL, “Jerarquía jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira”, en *Rev. inform. legisl.*, n. 165, 2004, p. 255 ss. Para otros ordenamientos latinoamericanos, véanse los 15 trabajos publicados en E. FERRER MAC-GREGOR (ed.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4 vols, Porrúa, México, 2006, II, cap. III (“Derecho procesal constitucional transnacional”), p. 1471 ss., y los recogidos en la sección “Protección internacional de los derechos fundamentales”, en J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 1707 ss.

64 Para el Este de Europa, L. JIMENA QUESADA, “La apertura constitucional de los Países centro-orientales al Derecho europeo de los derechos humanos”, y C. FLORES JUBERÍAS, M. TORRES PÉREZ, “Los Tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental”, ambos en *Persona y derecho*, supl. n. 8-9, 1998-99, titulado *Humana Iura de derechos humanos*, respectivamente p. 247 ss. y p. 307 ss.; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010.

65 Sobre los principios, en la extensa literatura, v. con diversas posiciones: V. CRISAFULLI, “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, en *Riv. int. fil. dir.*, n. 41, 1941, p. 41 ss.; N. BOBBIO, voz “Principi generali del diritto”, en *Nss. dig. it.*,

Ya sean los principios auténticas normas, tal como los entiende parte de la doctrina, o simples “matrices de normas”, como los entiende otra parte⁶⁶, sólo pueden servir de parámetro los principios positivos, y no los metafísicos. Las Cortes, en definitiva, para utilizarlos como parámetro deben deducirlos de los capítulos constitucionales, hacer referencia a las disposiciones que los contienen, y de ahí recabar el “espíritu de la Constitución” del que habla la Constitución estonia, o el “núcleo esencial” aducido por la Corte Constitucional italiana (y no solo ésta).

También frente a algunos textos rigurosos por lo que respecta a la delimitación del parámetro, los Tribunales Constitucionales que optan por enfoques no *strict constructionist* (o literales) deciden, incluso a menudo anular o inaplicar las leyes con base no (o no solo) en disposiciones o normas, sino en principios. Esto ocurre con mayor motivo cuando el propio texto constitucional permite interpretaciones en sentido amplio del texto, y de todos modos allí donde la Constitución presenta distintos grados de rigidez, dependiendo de la materia tratada⁶⁷, configurando con ello propiamente un núcleo esencial de principios⁶⁸.

1297

Utet, Torino, 1966, XIII, p. 887 ss.; G.R. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, trad. it. “Principi di diritto e positivismo giuridico”, en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 75 ss.; S. BARTOLE, voz “Principi del diritto”, en *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, XXXV, p. 494 ss.; R. GUASTINI, “Sui principi di diritto”, en *Dir. soc.*, n. 4, 1986, p. 601 ss.; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 448 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 284 ss.; ID., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 131 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Cec, Madrid, 1992; G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993; M. ATIENZA, G. RUIZ MANERO, “Tre approcci ai principi di diritto”, en *Analisi e dir.*, 1993, p. 9 ss.; C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012. Para Francia, B. JANNAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954; F. MODERNE, “Actualité des principes généraux du droit”, en *Rev. fr. dr. adm.*, n. 1, 1998, p. 495 ss.

66 U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39 ss.

67 V. al respecto M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Giappichelli, Torino, 1997.

68 En Francia los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», a los que remite el preámbulo, se incluyen en el *bloc de constitutionnalité*. Cfr. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, Paris, 2001.

En cuanto a los valores constitucionales, el discurso es en parte similar; a ellos se acude a menudo —en el meta-lenguaje de los juristas— no solo cuando se debate la conformidad de una norma objeto del juicio a un parámetro constitucional, sino cuando se contrapone un “valor” a otro: por ejemplo, cuando las Cortes deben elegir, al enjuiciar la constitucionalidad de una disposición legislativa, si deben prevalecer los valores del libre mercado, o aquellos inherentes al Estado social; o los valores referentes a circulación de las noticias y a la libertad de expresión, respecto de otros, inherentes a la tutela y la seguridad del ordenamiento, etc.⁶⁹.

La teoría de la interpretación de Kelsen nos sugiere las pistas para aceptar que los principios puedan ser una medida para ayudar la interpretación de los Tribunales; sin embargo, nunca los coloca en la cúspide de la jerarquía, como hicieron en su mayoría los Tribunales Constitucionales en la segunda posguerra, descomponiendo la Constitución en dos partes: la Constitución “normal”, de derivación popular, legitimada por el pueblo, y la hiper-Constitución, creada por ellos con la bendición de la doctrina científica (especialmente la neoconstitucionalista), sin legitimidad popular sino basada en las elecciones políticas de los propios jueces.

1298

5. El modelo kelseniano y la responsabilidad de la doctrina acerca el papel “político” de la justicia constitucional

Todo esto se sitúa fuera de la construcción de Kelsen, que nunca habría imaginado que los Tribunales llegasen a “gobernar” de manera “política” el proceso, creando reglas flexibles incluso sobre la eficacia temporal, luego muchas veces codificadas por constituciones y leyes. La discrecionalidad

69 Sobre valores en el Derecho y en la jurisprudencia constitucional, v. al menos A. PIZ-ZORUSSO, V. VARANO (eds), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1985; G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 1983, trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, Roma, 1993; F.J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Trib. Estatal Electoral de Chihuahua, Chihuahua, 2009, espec. p. 213 ss., y ID., *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa, México, 2009; v. también el estimulante volumen de A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Puf, Paris, 1997.

de los Tribunales, que según Kelsen confiere carácter “político” a la jurisdicción, es mucho mayor de la que se podía figurar. Cuando Kelsen habla de “politicidad con grado variable”, según la latitud autorizada por el legislador, lo hace en el marco de una teoría general basada en la construcción gradualística de las fuentes, piramidal, donde cada escalón está debajo del otro, no en un *tapis-roulant* donde todas las fuentes –y la jurisdicción es una fuente– están colocadas en el mismo nivel. (Por supuesto, distinto es el problema de la *utilidad* de estas soluciones, basadas en criterios empíricos, pragmáticos, muchas veces indivisibles: sin embargo, la utilidad es un criterio de la política distinto del criterio de la coherencia racional y de la legalidad utilizado normalmente por los jueces. En palabras más sencillas, el juez no puede decir, sino utilizando la argumentación *por absurdo*: «éste me parece más útil, entonces no me interesa si es o no es legítimo».)

Estas páginas no quieren ser una exégesis apologética de los escritos de Kelsen sobre la justicia constitucional, pero tampoco una crítica al modelo forjado por él o a su éxito no conforme a su núcleo, ni a su escasa capacidad pronóstica. Kelsen fue un inmenso teórico jusnaturalista, «liberal de izquierda»⁷⁰, heredero de Jellinek y Kant en la defensa de la libertad.

1299

Al fin, su idea básica de confiar en un Tribunal único y especializado para controlar las leyes ha prevalecido sobre la de Schmitt de hacer del Presidente del *Reich* el guardián de la Constitución, así como ha forjado una alternativa a la teoría de Hamilton de otorgar esta tarea a los jueces ordinarios (aunque, hemos visto, la idea no fue original, y también Hamilton estaba preocupado sobre todo por buscar a un juez de los conflictos, “concentrado” en la Corte Suprema).

Lo que merece una evaluación crítica son las contradicciones de una parte mayoritaria de la doctrina académica: tomar al austríaco como modelo alternativo al francés (político/jurisdiccional) y al de *Marbury v. Madison* (concentrado/difuso), sin hacer un análisis crítico e histórico sobre las respectivas propuestas, ni tampoco actualizar la reconstrucción de los modelos, a la luz de la experiencia contemporánea y sólo intentando

70 P. PETTA, “Presentazione” a H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., p. IX.

reconducir cualquier experiencia a uno u otro. Y al mismo tiempo declarar su amor por Kelsen, soportando, en tema de parámetro y objeto de control, tesis radicalmente contrarias a la teoría del Maestro de Praga.

La idea de la doctrina comparatista y constitucionalista posterior sobre lo que es “político” y lo que es “jurisdiccional” es muy distinta a la de Kelsen, y se enfoca sobre todo en la diferente legitimidad, las modalidades de decisión, los distintos parámetros de evaluación —de vez en cuando, la racionalidad intrínseca o la utilidad—, la vinculatividad, etc. En las líneas siguientes, utilizaré la palabra “político” no solo en el sentido kelseniano (discrecionalidad y creatividad), sino en su sentido más amplio, como se usa normalmente en la doctrina.

Acerca los modelos, aceptada la crítica de los mismos sugerida por Tusseau⁷¹, confirmo no solo que no existen modelos “puros” de justicia constitucional⁷², sino que a veces la adscripción de uno u otro sistema a un modelo ideal puede ser peligrosa, por el riesgo de describir algo que existe solo en un mundo ideal. Esto vale no solo respecto a la distinción entre los llamados modelos americano y austriaco, sobre los cuales se detiene Tusseau⁷³, sino también para la diferencia entre modelo político y modelo jurisdiccional.

71 Una fuerte crítica a la clasificación de Cappelletti se encuentra en G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica - Contre les “modeles” de justice constitutionnelle. Essai de critique metodologique*, Bup, Bologna, 2009, trad. esp. *Para acabar con los “modelos” de justicia constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa, México, 2011; ID., “Les causes du choix d’un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l’étude du contentieux constitutionnel”, en *Jus politicum. Rev. de dr. pol.*, n. 7, 2015, p. 217 ss. (http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/jp13_tusseau.pdf), trad. esp. “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma”, en *Parlamento y const. Anuario. Año 2015*, n. 17, 2016, p. 9 ss. Un debate sobre la obra de Cappelletti en la parte I del *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2016, “Processo e Costituzione: l’eredità di Mauro Cappelletti” (al cuidado de V. BARSOTTI y V. VARANO), p. 3 ss.

72 Igualmente no existen modelos puros de forma de Estado, forma de gobierno, federalismo, etc. Véase L. PEGORARO, A. RINELLA *Sistemas constitucionales*, cit., *passim*.

73 Tusseau no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres suyos bajo todo punto de vista que pueda ser considerado. Pero no solamente eso, sino que Tusseau también señala que

Con referencia a la teoría de los modelos, respecto de los primeros esquemas clasificatorios de los distintos sistemas de justicia constitucional⁷⁴, las claves de lectura propuestas hasta ahora por la doctrina comparada son básicamente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos en base al carácter jurisdiccional del órgano encargado de realizarla y a la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que usa un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes, identificados con la naturaleza concentrada o difusa del modelo, las modalidades de acceso, la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, pocos han subvertido radicalmente dicho esquema para la identificación de los elementos determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases⁷⁵.

En mi opinión, el engaño principal reside en la preliminar difusa opinión que el control ejercido hoy por la mayoría de los Tribunales “kel-senianos” sea jurisdiccional de verdad, *entonces* “no político”. De hecho,

1301

los elementos individualizados en los modelos americano y austriaco, que parecen caracterizarlos de forma unitaria, no siempre “van juntos”, es decir, son frecuentes los casos en los que los elementos americanos se mezclan con los austriacos.

- 74 Véase M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, trad. ingl. *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971; Id., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 (también en Id., *Le pouvoir des juges*, Puf, Paris, 1990), y Id., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford U.P., Oxford, 1989 y 1991.
- 75 V. las consideraciones de F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013. Mi crítica a las clasificaciones tradicionales y la construcción de nuevas propuestas se encuentran, entre los escritos de la última década –además de otros escritos citados *passim*– en “Taxinomias tradicionais e classificações “fracas” dos sistemas de justiça constitucional”, en R. ROMBOLI, M. LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO (eds), *Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais*, Arraes, Belo Horizonte, 2015, p. 223 ss.; “Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 18, 2015, en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 257 ss., y en L. ESTUPIÑÁN ACHURY, C.A. HERNÁNDEZ, W.G. JIMÉNEZ (eds), *Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana*, Un. Libre, Bogotá, 2017, p. 31 ss.; y finalmente en las voces “Jurisdicción constitucional (clasificaciones)”, “Justicia constitucional (modelos)”, “Justicia constitucional (tipología)”, en E. FERRER MAC-GREGOR, F. MARTÍNEZ RAMÍREZ, G. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, cit., p. 800 ss., 849 ss., 851 ss.

como destaca Kelsen, el grado de “jurisdiccionalidad”, puede cambiar en ocasiones, y ser más o menos intenso, según las múltiples variables analizadas arriba, pero solo en el sentido de mayor o menor discrecionalidad otorgada por el legislador, y de mayor o menor nivel de independencia frente a los otros poderes (“políticos”) del Estado.

«La opinión que solo la legislación sea política pero no la “verdadera” jurisdicción es tan errónea cuanto la opinión que solo la legislación produzca derecho y la jurisdicción sea su mera aplicación reproductiva» —escribe Kelsen⁷⁶, que no niega el carácter político de la jurisdicción sino solo que el guardián de la Constitución debe ser el Presidente del *Reich*. Sobre esta contraposición, la doctrina ha construido la dicotomía entre control jurisdiccional y control político, aunque en Kelsen el “político” esté comprendido en el “jurisdiccional”. Los intérpretes, entonces, quieren ser más “puros” que el mismo creador de la *Reine Rechtslehre*.

1302

La percepción de la tasa de politicidad (*recte*, independencia estructural y discrecionalidad funcional) o de jurisdiccionalidad de cada uno de los sistemas es una variable de tantas variables. Por ejemplo, el sistema francés ha sido durante mucho tiempo percibido (y definido) como “político”, por estar caracterizado por un procedimiento abstracto y preventivo (en ausencia de controversias concretas), y ejercitado ante un órgano con garantía de independencia menos intensa que la que caracteriza a los jueces ordinarios. El mismo estilo de las decisiones (no “sentencias”) respaldaba esta idea, como el mismo nombre del órgano (no “Supremo”, “Corte” o “Tribunal”, sino “Consejo”, que evoca la idea de un órgano que ofrece su parecer, pero no “sentencias”). Algunas de estas variables se mantienen: queda sobre todo la que se encuentra ligada a la extracción de los jueces, a su criterio de nombramiento; queda en buena parte el control preventivo, ahora flanqueado por aquel sucesivo/represivo, anclado a casos concretos. Sin embargo, la doctrina y el mismo *Conseil*, especialmente durante la Presidencia Badinter, ha operado para

76 H. KELSEN, “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, cit., p. 242.

que fuese reconocida al *Conseil constitutionnel* y a su actividad le ha sido reconocida la patente de “jurisdiccionalidad”⁷⁷.

El francés es un ejemplo que demuestra también desde una perspectiva diacrónica la parcial transformación de un sistema; permanece un elemento estructural típico del modelo político (en el sentido de la doctrina, no de Kelsen), o incluso aquel relacionado a la extracción (no necesariamente jurídica) de los magistrados; permanece un rito previo, todavía importante; existe una deferencia respecto del poder político; pero junto a ese se han afianzado formas de control concreto y sucesivo y ha cambiado el estilo de las decisiones⁷⁸.

En otros ordenamientos, se encuentran, en determinadas ocasiones, la prevalencia de la política o de la jurisdicción, en razón de los mecanismos utilizados con mayor frecuencia y eficacia, que presentan las características recurrentes en el uno y en el otro. Aunque donde el control de constitucionalidad sea pacíficamente jurisdiccional, las formas de control político (como categoría residual, es decir “no jurisdiccional”) pueden sumarse en modo más o menos intenso. Es el caso, por ejemplo, de algunas “áreas incontrolables”, porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional, y asignadas al control político⁷⁹.

1303

77 Cfr. G. TUSSEAU, *Para acabar con los “modelos” de justicia constitucional*, cit., p. 92 ss.; P. PASSAGLIA, “Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il *Conseil constitutionnel* e la Costituzione della Quinta Repubblica francese”, en D. BUTTURINI, M. NICOLINI (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols, Bup, Bologna, 2017, II, *Dialoghi “esemplari”: le esperienze straniere*, p. 57 ss.

78 Sobre la introducción de la *question* en Francia, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Paris, 2011; M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, Paris, 2011 (además de muchos artículos, alguno de ellos en castellano: R. BOURGET, “Carácter jurisdiccional del Consejo Constitucional francés y cuestión prioritaria de constitucionalidad”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 713 ss.; en italiano, M. CALAMO SPECCHIA, “Il tempo della decisione. Spunti di riflessione sul controllo di costituzionalità *a posteriori* in Francia e sugli effetti delle decisioni di costituzionalità” *ivi*, I, p. 771 ss.).

79 Es necesario afirmar que también el uso de la *political question* enmascara una precisa elección política de los Tribunales, que pueden decidir de no decidir y de “salvar” la opción del legislador, o viceversa analizar el fondo de la cuestión y anular la ley. Estando en su poder de escoger si decidir o no decidir [y de cambiar idea al respecto, como por ej. en *Baker vs Carr*, 369 US 186 (1962), después *Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946), sobre

Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional. Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos-leyes italianos, que por mucho tiempo han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria, y asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos.

Todo ello, no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en los modelos (jurisdiccional/político), ni mucho menos en los sistemas. En los modelos, porque la naturaleza “jurisdiccional” o “política” del control no depende de una única característica, sino de muchas; dentro de los sistemas aún menos, porque en prevalencia conviven más modelos y más ritos.

1304

En prevalencia, no siempre. En un extremo de una línea guía en la que se coloca la experiencia en clases dúctiles, en efecto, se pueden posicionar todos los ordenamientos que rechazan el control de constitucionalidad jurisdiccional. En ellos, existe la preeminencia absoluta de la política. Es cuanto sucede mayormente en la forma de Estado socialista,

la discutible estructura de los distritos electorales (denominada *malapportionment*)), “*political question*” no significa solo respetar la voluntad política del poder legislativo, sino incluso hacer una elección política si respetar tal voluntad o imponer la propia. V. por ej. R. HODDER-WILLIAMS, *The Politics of the Supreme Court*, Allen & Unwin, London, 1980, y G. HAARSCHER, “Les juges décideurs politiques: quelques considérations sur la Cour suprême des États-Unis”, en G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (eds), *Les juges: décideurs politiques?*, cit., p. 309 ss.; L. HENKINT, “Is there a ‘Political Question’ Doctrine?”, en *Yale L. J.*, n. 85(5), 1976, p. 597 ss.; E. ANDREOLI, “Dialogo o judicial interpretation? La *political question doctrine*, tra giuridico e opportunità politica”, en D. BUTTURINI, M. NICOLINI (eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, cit., I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, p. 75 ss., que recuerda también las siguientes contribuciones: M. FULLER WESTON, “Political Questions”, en *Harvard L.R.*, n. 38, 1925, p. 296 ss.; M.H. REDISH, “Judicial Review and the Political Question”, en *Nw. University L.R.*, n. 79, 1985, p. 1022 ss.; M. TIGAR, “The Political Question Doctrine and Foreign Relations”, en *UCLA L.R.*, n. 17, 1970, p. 1135; L. SANDSTROM SIMARD, “Do We Still Need the Political Question Doctrine?”, en *Dick. L.R.*, n. 100, 1996, p. 303 ss.

que en nombre de la unidad del poder estatal se rechaza que la jurisdicción constitucional pueda prevalecer sobre la voluntad del pueblo, encarnada en los órganos a través de los cuales se expresa. Por diversos motivos, también el Reino Unido se sitúa en esta postura: es el Parlamento quien prevalece, y, a título subsidiario, la tradición.

Un poco más allá, se sitúan los ordenamientos socialistas que en parte “externalizan” el control, sin embargo manteniendo en el poder político, a través del partido único, el control del órgano; el cual a su vez opera en base a ritos, con objetivos, con parámetros que nada tienen que ver con la jurisdicción en sentido estricto⁸⁰. Así ocurre también en Irán, debido a la composición del órgano –el Consejo de Guardianes– y el parámetro (la *Shari‘a*), por no mencionar el complejo contexto ajeno al Estado de Derecho, aunque hay una muy parcial jurisdiccionalización cuando no están implicadas cuestiones religiosas.

Al otro extremo de la línea guía, debemos colocar los sistemas que operan solo con la modalidad jurisdiccional, quedando excluida la estructura y procedimientos políticos. El modelo es solo ideal. Los Estados Unidos representan el ejemplo más puro, pero no es puro del todo, al menos por dos razones: la posibilidad (aunque recesiva en la experiencia empírica desde 900), de utilizar el veto presidencial por razones de constitucionalidad⁸¹, y la existencia de áreas no justiciables, marcadas por la doctrina de las *political questions* (aunque –ya lo hemos dicho en la nota 79– incluso la *political question* implica una elección política por parte de los jueces, en el sentido que deciden no decidir, confiando en órganos distintos). Al lado podemos situar Australia.

Canadá ya aparece, como sistema, menos puro, porque al contrario de los Estados Unidos, allí se han previsto también formas consultivas de control de constitucionalidad, también ejercitadas por órganos independientes y la solicitud de parte: la actividad consultiva es diferente de la

80 Sobre la justicia constitucional en los ordenamientos socialistas véase nota 15.

81 Véase A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Carocci, Roma, 2012, pp. 54 ss., 85 ss.

jurisdiccional, y la neutralidad del órgano llamado a ejercitarla (el mismo que opera en sede contenciosa) no basta para caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional.

En el medio de la línea guía ideal se encuentran otros infinitos casos, en su mayoría tendientes hacia la vertiente “jurisdiccional”, que ha prevalecido sobre la idea de control político.

Resulta, por lo tanto, necesario graduar ulteriormente los modelos siguiendo las características arriba señaladas. No solo la concurrencia, con las Cortes o Tribunales, de otros sujetos a la función de control de las leyes inducen a graduar la “politicidad” o la “jurisdiccionalidad” de un sistema de justicia constitucional, sino que influyen sobre la naturaleza del órgano también el grueso de funciones ejercitadas, diferentes del control de constitucionalidad. Donde el órgano no ejercita sólo la actividad típica, pero se le atribuyen funciones “políticas” –control sobre los partidos, sobre las elecciones, etc.– y de hecho las desempeña, se enfatiza su perfil político, o cuanto menos caen en la sombra las funciones jurisdiccionales (como en el caso francés, antes mencionado, al menos en un período inicial)⁸².

Sobre todo, el elemento estructural resulta importante. Si el juez es poco independiente frente al poder político, aún juzgando según los procesos y con el lenguaje de la jurisdicción, con instrumentos llamados sentencias, quizás definitivas y no recurribles, sobre el impulso de parte, puede que el control sea “jurisdiccional”, pero resultará un poco más “político” que donde la Corte o Tribunal están formados, por la modalidad

82 Sobre las funciones ulteriores de las Cortes v. en un amplio marco comparativo S. BALDIN, *Le “altre” funzioni delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*, Eut, Trieste, 2000; G.F. FERRARI, “Le forme di controllo di costituzionalità ‘anomale’”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2000, p. 351 ss.; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La ampliación de competencias de la justicia constitucional: el caso de la Europa central y oriental”, en C. FLORES JUBERÍAS (ed.), *Estudios sobre la Europa oriental. Actas del II encuentro español de estudios sobre la Europa oriental (Valencia, 20, 21 y 22 de noviembre de 2000)*, Puv, Valencia, 2002, p. 135 ss. El fenómeno se expande sin embargo también a América Latina: cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 10, 2006, p. 241 ss.

de la elección y nombramiento y sobre las reglas de la preparación profesional, con mayor garantía de independencia. Por tanto, entre los sistemas europeos, Alemania, Austria, Italia pueden ser clasificadas en clases más o menos coincidentes a donde se sitúan Hungría, Polonia, Rusia, Corea y lo mismo Portugal, pero no del todo, porque allí (como en otros ordenamientos) es más inmediata la derivación de los órganos políticos (Parlamento y/o Presidente de la República).

También la extracción de los jueces contribuye a la medición del grado de politicidad de un sistema: donde *de iure* (Italia y gran parte de los ordenamientos) o *de facto* (EE.UU.) deben ser juristas (provenientes del foro, de la universidad, del aparato administrativo); la naturaleza jurisprudencial del sistema es o se hace *más* marcada de donde estos son de proveniencia en todo o en parte de la política (Bélgica, Francia por los ex Presidentes de la República).

La cuestión de que algunas Cortes manifiestan, de hecho, una fuerte *deference* al poder político no afecta a la naturaleza jurisdiccional del control ejercitado. Incluso en este caso, aflora sin embargo una conexión con la política. El hecho que, como en Japón o el Norte de Europa, las sentencias de inconstitucionalidad se contaran con los dedos de la mano en más de medio siglo, es índice de sujeción a las decisiones del Parlamento, y que por razones muy variadas la jurisdicción deja el campo libre a la política. El control ejercitado por los respectivos sistemas permanece jurisdiccional, pero aparece menos pleno que en los Estados Unidos, en Canadá o algunos países europeos.

Todos los factores evocados pueden ser evaluados separadamente como también combinarse entre ellos para medir el grado de pertenencia mayor o menor de un sistema a las clases de la jurisdiccionalidad o de la politicidad. Los límites en ocasiones son nítidos, pero a menudo existe una superposición e incertidumbre. Esto es, a grandes rasgos, lo que sucede cuando se fijan estándares para evaluar el grado de democracia de un país⁸³ o, más en general, con los colores del arcoíris, los cuales se perciben bien en

83 Véase S. CASSESE, “Global standards for national democracies?”, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011, p. 701 ss. Cfr. también L. PEGORARO, “Costituzioni e democrazia:

el núcleo central, pero se pierde la delimitación en el contorno, mezclándose los unos con los otros.

La Corte “más fuerte”, más “política” –*the most dangerous branch*– es aquella que tiene el monopolio de las funciones, que es independiente, que es ampliamente solicitada de sujetos varios y con ritos alternativos; que tiene por objeto de su escrutinio varios actos jurídicos, de génesis, naturaleza, jerarquía y eficacia diferentes, incluso las leyes de revisión constitucional; que puede utilizar un parámetro muy extenso; desenvuelve funciones complementarias y accesorias; que se vale de una extensa tipología de decisiones; que puede hacerlas directamente eficaces, sin la intermediación de otros poderes; que por razones históricas y culturales es escasamente deferente hacia el poder político ...⁸⁴.

En conclusión, hay una distinción nítida entre el concepto de “político” en Kelsen y en sus exegetas y comentaristas. En el estudioso de Viena no hay contraposición entre decisión judicial y decisión “política”. Lo que cambia solo es el grado de discrecionalidad. Entre los comentaristas, se acepta en mayoría la distinción entre modelo jurisdiccional (que caracteriza los dos modelos concentrado y difuso, y sus hibridaciones), y modelo “político” en el sentido de “no confiado a un Tribunal”, no siempre negando la latitud interpretativa de los Tribunales, pero sí muchas veces la naturaleza política de sus decisiones. Sobre todo, la doctrina no marca bastante la “transustanciación” de la justicia constitucional “jurisdiccional”, de órgano encargado de controlar la ley en órgano que se añade a los otros poderes del Estado, contraponiendo sus evaluaciones a las de los órganos legitimados de otra manera (Parlamentos, Ejecutivos, Presidentes).

definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss. y en *Rev. latino-am. est. const.*, n. 16, 2014, p. 121 ss.

84 Ello poco tiene que ver con la dicotomía propuesta por Tushnet, entre una *strong-form judicial review* y una *weak*, individuadas sustancialmente del hecho que la prevalencia en tema de interpretación de la Constitución sea confiada a los órganos judiciales correspondientes, o a una especie de diálogo entre ellos y los Parlamentos: v. M. TUSHNET, *Weak Court, Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U.P., Princeton, 2008; ID., “The Rise of Weak-Form of Judicial Review”, en T. GINSBURG, R. DIXON (eds), *Comparative Constitutional Law*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; y con anterioridad ID., “Alternative Forms of Judicial Review”, en *Mich. L.R.*, n. 101(8), 2003, p. 2781 ss.; ID., “Weak-Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties”, en *Harv. civil liberties-civil rights L.R.*, n. 41, 2006, p. 1 ss.

6. La legitimidad de los Tribunales, la prevalencia de lo “político” y la traición a Kelsen

Está en acto un ataque vigoroso, de parte de las teorías neoconstitucionalistas, al principio democrático, y se ha ido afirmando la idea que los jueces no deban ser (solo) los guardianes de la Constitución, sino también los efímeros forjadores de un derecho anclado a valores presumidamente inmutables y eternos, cualquiera que sea el lugar en donde estos sean aplicados. En muchos países, la doctrina ha alimentado la jurisprudencia constitucional, que se ampara –con millares de citas– para justificar un activismo excesivo a menudo tendiente a reescribir las ponderaciones del legislador, imponiendo axiologías no siempre de acuerdo a la cultura jurídica (y social) subyacente, y a las interpretaciones que le dan los órganos electivos⁸⁵. La *liaison* se muestra aún más evidente en el dere-

85 Sobre la circulación en vía judicial, U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Actas del XIV Congrès international de droit comparé, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1999; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; M.-C. PONTTHOREAU, *Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 ss.; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Inst. of Int. and Comp. Law, London, 2004; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Ucl Press, London, 2006; G. ALPA (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006 (e *ivi*, p. 477 ss., L. PEGORARO, “L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana”); G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010. T. GROPPi, M.-C. PONTTHOREAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford, 2013; M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015; T. GROPPi, “El uso de precedentes extranjeros por parte de los tribunales constitucionales”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 953 ss. Además, L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Clueb, Bologna, 2006; L. PEGORARO, P. DAMIANI, “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 1999, p. 411 ss., trad. ingl. “Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts”, en A.M. RABELLO, A. ZANOTTI (eds), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 131 ss., trad. esp. “El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales”, en *Rev. jur. Castilla-La Mancha*, n. 26, 1999, p. 209 ss., y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización*

cho supranacional y en el control de convencionalidad. Esto tiene como producto la aceptación difusa de la idea de la existencia de una “hiper-Constitución” metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales) de impronta occidental y sobre la división de poderes como única estructura admisible del *frame of government*, que desquicia la jerarquía de las fuentes; pero sobre todo del desplazamiento del poder de establecer las normas: mientras las Constituciones las escriben los constituyentes, las reformas constitucionales los órganos para eso habilitados por la constitución, y las leyes los legisladores, la “hiper-Constitución” la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales⁸⁶.

Fuente del descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, del rechazo de las formaciones intermedias entre Estado y sociedad, de la crisis de los partidos políticos, de la palingénesis de la dicotomía amigo-enemigo, del personalismo de las *leadership*, del carácter icástico de la información política, del declino del formalismo de las fuentes, la conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales) genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona la entera producción jurídica y que traduce el activismo judicial, de “dictatura comisaria”, autorizada democráticamente, a “dictatura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina⁸⁷. Ello no solo en

y las libertades, Porrúa, México, 2006, p. 145 ss.; S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giure-consulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, 2 vols, Giappichelli, Torino, 2016.

86 Véase L. PEGORARO, A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 128 ss., trad. esp. *Constituciones y fuentes del derecho*, en L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, p. 189 ss.

87 Sobre la distinción véase C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921, trad. it. *La dittatura*, Settimo sigillo, Roma, 2006. Cfr. además L. PEGORARO, “Las consultas de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)”, en *Pensamiento const.*, n. 20, 2015, p. 251 ss., también en ID., *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 297 ss. Sobre los daños que se pueden provocar con malas actitudes de la doctrina constitucionalista, ID., “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, 2015, p. 219

áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también —con reclamos hegemónicos y, a veces, mera aceptación—, también donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

ss., y en AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 3 vols, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss.

Sobre el diálogo doctrinal con la jurisprudencia v. S. RAGONE (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepec, Madrid, 2015; G. AGUILAR CAVALLO (ed.), *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Triángulo, Santiago de Chile, 2017; P. PASSAGLIA (ed.), *I rapporti tra la giurisprudizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015; P. PASSAGLIA, “Il Diritto Comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: un’indagine relativa al periodo gennaio 2005 - giugno 2015”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 1275 ss.; J. RIVERO EVIA, R. SÁNCHEZ GIL, “Una manifestación del derecho intercultural: el uso de fuentes extranjeras en las sentencias”, *ivi*, I, p. 639 ss.; H. MIRANDA BONILLA, “La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *ivi*, II, p. 1125 ss.; G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de justicia mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001 a 2014)*, Porrúa, México, 2017 (e *ivi* L. PEGORARO, G.A. FIGUEROA MEJÍA, “Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana”, también en *Bol. mex. der. comp.*, n. 147, 2016, p. 137 ss.); la parte I del *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)” (e *ivi*, p. 5 ss., L. PEGORARO, “L’influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo”). Además de L. PEGORARO, “Judges and professors: the influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions”, en M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Courts and Comparative Law*, cit., p. 329 ss.; *Id.*, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos*, cit., p. 33 ss., en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 95 ss.; L. PEGORARO, G. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016 [e *ivi* *Id.*, “Tribunales constitucionales, Cortes supremas y profesores en Iberoamérica”, p. 13 ss., trad. it. en S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (eds), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22 ss.]; L. PEGORARO, L. ESTUPIÑÁN ACHURY, Ó. HERRERA BEDOYA (eds), *La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web*, 128 *Universitas Jurídica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdjc.

Todo eso no tiene nada que ver con Kelsen y el control de constitucionalidad de las leyes. Kelsen –como Hamilton– propuso un poder de “control” sobre otros poderes del Estado, no un poder en competición con el Legislativo y el Ejecutivo, legitimados por el pueblo. Kelsen colocó la Constitución debajo de la *Grundnorm* como norma positiva superior (lo mismo hicieron Hamilton y la Constitución estadounidense), sin ni siquiera imaginar una híper-Constitución con base jurisdiccional y doctrinaria; además, Kelsen individualizó en la Constitución, y no en tratados aprobados por mayoría simple por el Parlamento, la norma-parámetro.

«Hoy en día –destaca R. Guastini– no pocos juristas y filósofos políticos sostienen que (...) los derechos fundamentales están en conflicto con los principios democráticos, los cuales exigen que las decisiones políticas sean asumidas por órganos representativos (electivos) a mayoría. Según este modo de interpretar, los derechos constitucionales “inciden en manera destructiva sobre el núcleo mismo de la democracia, la soberanía popular, y contradicen, por una proclamada inmodificabilidad, la exigencia de mantener relaciones fluidas entre orden social y orden jurídico»; «arrastra[n] con sí una presencia más fuerte, hasta la supremacía, del sistema judicial”»⁸⁸.

Pretenden –quiero añadir– exportar sus visiones a todo el mundo, como si el mundo fuera todo igual a lo que a ellos les gusta. Pero afortunadamente el mundo es un conjunto de experiencias, exigencias, necesidades, valores, ideas, propuestas, elecciones distintas: un arcoíris, que ellos quieren pintar de color gris, a favor de la globalización. Estos juristas y filósofos políticos deberían homenajear, más que a los 100 años del *Verfassungsgerichtshof* y Hans Kelsen, sobre todo a Carl Schmitt, aunque, en su caso, el “Presidente del *Reich*” legitimado por la conciencia popular, sea el *Verfassungsgerichtshof*, único intérprete junto a ellos de un *Volksgeist* que tienen la ilusión de ser universal.

88 Cfr. R. GUASTINI, “La grammatica dei diritti”, parte I, cap. XIV de Id., *Discutendo*, cit., p. 169, en contraposición con S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales

En especial sobre la legitimidad democrática

✍ JUAN MANUEL SOSA SACIO*

1. Introducción

Es realmente un motivo de júbilo poder participar en un libro homenaje al profesor Roberto Romboli, tan conocido y reconocido en el Perú. No solo su obra viene siendo muy difundida y apreciada en mi país, sino que el “Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti”, que se imparte en la Universidad de Pisa y que él dirige extraordinariamente, viene teniendo una notable influencia en nuestra región, y singularmente en el Perú.

1313

Llevé el mencionado curso el año 2014, conjuntamente con Yolanda, mi esposa, quien es también constitucionalista. Además de lo hermosa de la ciudad, y el insólito crecimiento del caudal del río Arno, ambos quedamos impresionados por la amabilidad y sencillez del profesor Romboli, quien nos atendió cordialmente en su despacho, en uno de los edificios de la Piazza dei Cavalieri, donde se imparten las clases. En mi caso, tengo claro que, acicateado por esas clases y la explicación del modelo de justicia constitucional italiano efectuada por el profesor Romboli, surgió el germen de lo que actualmente estoy trabajando como tesis doctoral.

* Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Presidente de Constitucionalismo Crítico.

De hecho, la propuesta de tesina que presenté para el Curso de Alta Formación incluía, precisamente, un capítulo llamado “Sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales: más allá de la legitimación democrática indirecta (o de la legitimidad por la forma de elección)”. Lo anterior ciertamente explica, por si hiciera falta esclarecerlo, la elección del tema para mi colaboración en este homenaje.

Desde esa ocasión, hasta ahora, mucha agua ha pasado bajo el puente. No solo bajo el Ponte di Mezzo, que pasa sobre el (ahora sabemos que a veces caudaloso) río Arno, que tantas veces cruzamos con Yolanda en Pisa. Me refiero a que, visto a la distancia, es mucho lo que estimuló ese viaje y que luego me encargué de explorar por mi cuenta. A mi parecer, en Pisa se desvanecieron muchos de los lugares comunes que solemos aprender en América Latina sobre la justicia constitucional y también me hizo entender el potencial de la comparación jurídica para aproximarnos adecuadamente las instituciones del constitucionalismo. Esas dos claridades fueron y son fundamentales para mi quehacer, hasta la fecha.

1314

Valga este trabajo, entonces, como un testimonio, a la vez que como un agradecimiento al profesor Romboli por su obra, por su esfuerzo indesmayable por llevar adelante el curso, por la incitación intelectual que ha generado en muchos de nosotros en la región y por su calidad de persona además de jurista.

Con lo anterior puesto por delante, paso a explicar ahora el tema que abordaré en este trabajo. Compartiré, de manera muy sucinta, una parte de lo que he venido investigando en torno a la legitimidad de las cortes o tribunales constitucionales (SOSA, 2017, 2019 y 2020). En especial, me detendré en la cuestión de si podemos hacer referencia a una “legitimación democrática” de estos órganos jurisdiccionales, pese a que, por lo general, no solo se señala que carecen de dicha forma de respaldo, sino incluso que son entidades “contramayoritarias” (BICKEL, 2020), y que tienden a limitar la democracia y a entrar en tensión con ella.

La estructura de mi contribución es la siguiente: en primer lugar, exploraré la cuestión de la legitimidad de las autoridades estatales, todas ellas, y estableceré una clasificación sobre dicha legitimación. Luego de

ello, explicaré cómo estas formas de legitimidad se extienden también a los órganos jurisdiccionales y, de manera especial, a los tribunales y cortes constitucionales. Seguidamente, entre las diversas formas de legitimación exploradas, me centraré en la legitimidad democrática. Finalmente, luego de hacer un recorrido por las diversas formas de constitucionalismo democrático, me aproximaré al modelo de democracia deliberativa o dialógica, y presentaré algunos mecanismos o estrategias que utilizan las cortes constitucionales para legitimar sus actuaciones o decisiones.

1. La legitimidad de las autoridades, en general¹

Hoy, parece casi indiscutible que hay que obedecer a las autoridades. Sin embargo, obedecer a las autoridades es un asunto que requiere de una justificación: de lo contrario, no habría razones sustantivas (razones morales, razones para actuar) por las cuales debamos aceptar lo que ellas ordenan (en efecto, la orden de una autoridad, como situación de hecho, no justifica por sí sola que deba ser acatada). Sin ese tipo de razones, no podría distinguirse entre lo ordenado por una autoridad o por cualquier otra persona (un asaltante, por ejemplo, echando mano al famoso ejemplo de H.L.A. HART (1963)). Como explicó Carlos NINO (1989), al gobierno (a la autoridad) se le podría acusar de ser “moralmente irrelevante” y, con ello, de no proveer auténticas “razones para actuar”.

1315

Ahora, es claro que las autoridades pretenden que sus órdenes sean obedecidas por el solo hecho de que ellas las prescriben, y esto ocurre incluso en el caso de que sus directivas sean incorrectas o que los destinatarios no cuenten con buenas razones para acatar lo que se les ordena. En efecto, las autoridades pretenden que sus directivas sean consideradas como razones perentorias (es decir, que excluyen la deliberación por parte de los destinatarios), con independencia de su contenido. En otras palabras, pretenden que ellas sean obedecidas tan solo por emanar de la autoridad, sin que su acatamiento dependa de que se encuentren razones para actuar conforme a lo que se ordena.

1 Hemos presentado una versión previa de las ideas de este acápite en SOSA (2020).

Frente a ello, como puso de manifiesto Scott SHAPIRO (2013), puede considerarse como algo paradójico que las personas, en tanto que individuos autónomos, deban obedecer sin más lo que les manda la autoridad, sin cuestionarlo, sin deliberar, aunque se trate de una cuestión que inclusive pueda estar reñida con el razonamiento moral. En ese marco, parece que la cuestión de la legitimidad, tanto de las autoridades como de sus órdenes, plantea una tensión *prima facie* entre *autoridad* y *autonomía* (SHAPIRO, 2013; IOSA, 2011; TOSCANO, 2018), la cual a su vez nos lleva a la siguiente paradoja: las directivas de las autoridades o bien son *irrelevantes* como razones para actuar, ya que si las directivas de la autoridad coinciden con las razones para actuar de los propios destinatarios, en el fondo ellas son seguidas sobre la base de estas últimas razones y no porque hayan sido ordenadas por alguien; o bien son *irrazonables*, ya que si las directivas son contrarias a las razones para actuar de los destinatarios, no estaría justificado que estos obren según lo que fue dispuesto por la autoridad, pues sus órdenes carecerían de legitimidad.

1316

Ahora bien, con base en la necesidad de justificar la obediencia a la autoridad y la referida tensión, se han brindado diferentes, y sin duda, complejas respuestas para el asunto de la legitimidad de las autoridades (VILAJOSANA, 2007; VEGA, 2015; TOSCANO, 2018).

Al respecto, es conveniente sistematizar las diversas respuestas o posiciones que se ha dado a la cuestión de la legitimidad, distinguiendo para ello entre tres formas de legitimación: la sustantiva, la político-democrática y la epistémica. Refirámonos seguidamente a cada una ellas, para posteriormente analizar la legitimidad de los tribunales constitucionales:

- 1) Una primera perspectiva sobre la legitimidad considera que esta debe basarse en razones para actuar (**legitimidad sustantiva**). Conforme a esta perspectiva, **la legitimación de la autoridad y de sus decisiones depende esencialmente de su compatibilidad con el razonamiento moral.**

En este sentido, suele afirmarse que las decisiones de la autoridad no pueden ser arbitrarias, en el sentido de injustificadas o irrazonables. Por ello puede afirmarse, además, que se trata de

una forma de legitimidad vinculada con **la corrección argumentativa o justificativa**².

Asimismo, dentro de las posiciones relacionadas con la legitimidad sustantiva, en muchas ocasiones se tiene como parámetro de legitimación la vinculación o la conformidad con la autonomía moral (IOSA, 2011, pp. 47-56), pues en esta suele fundamentarse el razonamiento práctico.

- 2) Por otra parte, la legitimación puede entenderse como relacionada con razones institucionales (**legitimidad institucional**), que puede remitir a formas de **legitimación política o democrática**.

Al respecto, se ha señalado que, más allá del razonamiento moral basado en la autonomía personal (es decir, en razones *individuales* para actuar), al propio tiempo “es irrazonable para un individuo no acatar los procedimientos socialmente necesarios, empoderantes y justos”, pues quien no lo hace finalmente estaría actuando “como un dictador: ‘dicta’ unilateralmente los términos de la interacción social con otros, y con ello ejerce un control inapropiado sobre las vidas de sus conciudadanos” (SHAPIRO, 2013).

1317

Expresado de otro modo: quien pretende autonomía pretende también la institucionalidad que esta demanda, incluyendo la obediencia a la autoridad legítima, pues el ejercicio de la autonomía siempre depende del reconocimiento por parte de los demás (pues de nada sirve la autonomía proclamada respecto de uno mismo), de la recíproca limitación de la autonomía de todos y de su protección institucional. Así considerado, aceptar las directivas de la autoridad, tal cual han sido formuladas, incluso aunque no estemos de acuerdo con las razones para actuar

2 De hecho, la llamada teoría de la argumentación jurídica hace recaer la corrección de las decisiones jurídicas, en última instancia, en la corrección argumentativa o moral (en el discurso o razonamiento práctico).

que subyacen a ellas, sí puede responder a razones para actuar todo considerado, por ejemplo, a razones *institucionales* para actuar.

En este sentido, podemos retomar también la idea de Joseph Raz de “autoridad que provee un servicio” (RAZ, 1985), entendiendo que la legitimidad de la autoridad puede reposar, por ejemplo, en los beneficios que nos reporta a las personas contar con un Estado para obrar conforme a nuestras razones para actuar, para guiar de mejor modo nuestras acciones hacia dichas razones. Asimismo, y ahora en la línea de lo sostenido por ejemplo por Francisco Laporta sobre las relaciones entre el imperio de la ley y la autonomía personal (LAPORTA, 2007) o por Alon Harel sobre el valor de las instituciones políticas y jurídicas por sí mismas y no solo por motivos instrumentales (HAREL, 2018), también podríamos reconocer la existencia de razones *institucionales* para actuar, en el sentido de razones directamente relacionadas con la existencia de instituciones sociales valiosas (distintas a las razones *individuales* para actuar).

Además de ello, existe una legitimidad propiamente democrática, que se corresponde con la “idea de igual consideración y respeto” que merecen las personas (WALDRON, 2005). En este sentido, se ha señalado que adherir a la autoridad democráticamente electa, finalmente, “es adherir a los conciudadanos”, en la medida que así “se respeta la importancia que las personas otorgan a tener cierto control sobre sus propias vidas y la justicia que implica compartir este poder de manera igualitaria” (SHAPIRO, 2013).

Estas razones pueden, incluso, denominarse propiamente “de autoridad”, en sentido estricto, pues están directamente relacionadas con el ejercicio del poder y las funciones de gobierno.

- 3) En tercer lugar, tenemos a **la legitimidad que proviene del conocimiento o de la experticia (legitimidad epistémica)**. Esta forma de legitimación se encuentra más bien vinculada con la

idea de *auctoritas* (y legítima, por ejemplo, el consejo dado por una persona con experiencia o las prescripciones de un médico), más allá de la noción de *potestas* (que fue abordada en el punto anterior, y alude a razones institucionales para obedecer a la autoridad).

Conforme a esta perspectiva, las decisiones pueden considerarse como más legítimas en la medida que la autoridad estatal tenga mayores competencias epistémicas (tenga más pericia o experiencia en el su campo de actuación), o que su decisión haya sido emitida con el conocimiento que se considera necesario para ello, o a partir de la mayor cantidad de conocimiento disponible.

Bien vistas, las tres anteriores (legitimaciones sustantiva, institucional y epistémica) pueden considerarse como parte de una tipología que pone su foco de atención en la **fuentes de legitimación**. Empero, además de la anterior, otra clasificación útil, y sin duda más conocida, alude más bien al **momento de legitimación**. Conforme a esta última, se diferencia entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio.

1319

- A) La **legitimidad de origen**, como es conocida, alude al tiempo y modo en que se produce la elección, nombramiento o designación de una autoridad. Ahora bien, el momento en el que una autoridad adquiere o asume inicialmente un cargo puede estar relacionado con alguna de las ya mencionadas tres fuentes de legitimidad. En este sentido, por mencionar algunos ejemplos que esclarezcan este asunto: las autoridades electas tienen una **legitimación democrática de origen**, mientras que las autoridades designadas mediante concurso público de méritos tienen, básicamente, una **legitimidad epistémica de origen**.
- B) Por su parte, la **legitimidad de ejercicio** hace referencia a la forma en que una autoridad lleva a cabo sus funciones, y es conforme a dicho desempeño que se valora su legitimación. Al igual que en el caso anterior, esta legitimación puede relacionarse también con algunas de las tres fuentes de legitimidad ya mencionadas (sustantiva, política-democrática, epistémica).

Respecto a esta legitimidad de ejercicio, ella a su vez puede distinguirse en dos tipos: **legitimación por el procedimiento**, que se entiende como vinculada, por ejemplo, a la forma en que se construye la voluntad de la autoridad al momento de tomar decisiones (por decir: si en el procedimiento de conformación de una decisión, dicha medida es consultada a través de referéndum podrá decirse que ella tiene legitimación democrática de ejercicio; mientras que si ella es sometida al estudio o la validación de expertos, tendría cierta legitimación epistémica de ejercicio). También está la **legitimación por el resultado**, si la legitimidad se encuentra relacionada con la corrección (sustantiva o epistémica, por ejemplo) o con la aceptabilidad (social o política, por ejemplo) de lo decidido.

2. Legitimidad de los tribunales constitucionales (y de las altas cortes), en especial

1320

Precisado lo anterior, que aplica a las autoridades públicas en general, llega el momento de hacer referencia a las autoridades judiciales en especial y, de manera más específica, a las cortes y tribunales constitucionales. Al respecto, suele prestarse poca atención a la legitimidad de los jueces, en tanto que autoridades, o cuando menos no se analiza esta cuestión del mismo modo en que sí se realiza con respecto a otros funcionarios (generalmente autoridades políticas o administrativas).

Quizá por esta razón es que, cuando se hace cierta referencia a la legitimidad de la judicatura, o de sus decisiones, no suele mencionarse algunas de las formas de legitimación que acabamos de tratar, sino se emplea una terminología diferente (e incluso no siempre se utiliza el nombre “legitimidad”). En efecto, las expresiones que solemos encontrar hacen referencia, por ejemplo, a la corrección o aceptabilidad de las decisiones judiciales, a los límites para el activismo judicial o para la creación jurisdiccional del Derecho, a las tensiones entre democracia y constitucionalismo (esta última en manos de jueces “contramayoritarios”), etc.

Así, en lo que concierne a las **fuentes de legitimación** mencionadas *supra*, esta vez en relación con la judicatura, podemos hacer referencia a

una **legitimidad sustantiva**, estrechamente relacionada con el auge de las teorías de la argumentación jurídica y de la justificación de las decisiones judiciales. De esta forma, se alude, por ejemplo, a la idea de “corrección” de la motivación judicial con base a razones sustantivas (diferentes a las razones institucionales o de autoridad), a la dimensión ideal o justificativa del Derecho (diferente a la dimensión real o autoritativa), a la necesidad de que los jueces sean un poco filósofos (y, en especial filósofos morales), al auge de la aplicación del Derecho conforme a principios, al “Derecho como argumentación”, etc. (ALEXY, 2008 y 2009; DWORKIN, 2010; ATIENZA, 2012 y 2013).

En un sentido diferente, también puede entenderse la legitimidad de los jueces desde la **legitimación epistémica**; así sucede, por ejemplo, con cierto tipo de positivismo, que, en lo fundamental, basa la legitimación de los jueces en su capacidad para establecer tanto los hechos del caso como la correcta interpretación del Derecho (FERRAJOLI, 2016); de similar modo, encontramos posiciones que podemos calificar de formalistas, según las cuales las tareas de interpretar y de aplicar el Derecho a cargo de los jueces son actividades meramente descriptivas o cognitivistas (Hernández, 2005), que identifica “sin más el Derecho con los textos normativos” y que “cada texto normativo incorpora un único significado objetivo que es tarea del intérprete desvelar” (GUASTINI, 2014: 348 y 2008: 31, refiriéndose a la posición de HERNÁNDEZ). Así considerado, sería la adecuada determinación “técnica” del Derecho y los hechos aplicable al caso lo que legitima a la judicatura, resultando, por el contrario, impertinentes y contraproducentes pronunciamientos de carácter moral o político, los cuales se tendrían por antijurídicos inclusive.

En sentido complementario a lo indicado hasta aquí, suele descartarse de manera explícita que sea posible una eventual **legitimación política o democrática** de la judicatura y, más específicamente, de las cortes o tribunales constitucionales. En efecto, cuando se hace referencia a la legitimidad de los tribunales, lo que abunda más bien son críticas orientadas a cuestionar, de manera específica, su falta de legitimación democrática, principalmente en atención a los casos que deben resolver, en los que pueden existir desacuerdos profundos en una sociedad,

señalándose que los jueces y las juezas carecen de representatividad política, acusándoseles en el mismo sentido, de ser órganos elitistas y contramayoritarios³. De similar modo, se erigen cuestionamientos que previenen a los jueces constitucionales de infringir el principio de “división de poderes” o el criterio de “corrección funcional”, y de manera más clara y extendida, se cuestiona a las cortes constitucionales por incurrir en el denominado “activismo judicial”, al crear o reformular el Derecho puesto, y también al establecer mandatos dirigidos a los poderes públicos, con la finalidad de darle una real eficacia a la Constitución y los derechos fundamentales⁴.

1322

Ahora, en relación con los **momentos de legitimación**, respecto a los tribunales constitucionales también puede hacerse referencia a una legitimidad de origen y otra de ejercicio. Atendiendo a la magistratura constitucional comparada, en cuanto a la **legitimación de origen**, encontramos diversas formas de designación o nombramiento de jueces y juezas constitucionales que, a su vez, se encuentran relacionadas con algunas de las ya mencionadas fuentes de legitimación. En este sentido, un modelo de elección popular de magistrados o magistradas constitucionales (como ocurre con el Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia) puede considerarse relacionado con una legitimación de origen democrática; mientras que un modelo de designación mixta (en la que participan diversos poderes del Estado, como es el caso de España, e incluso entidades de la sociedad civil, como sucede con Guatemala) podría considerarse más bien vinculado a legitimación de origen político o institucional; así como un sistema de designación de talante principalmente meritocrático (que, tendencialmente, sería el caso de la reciente designación de los magistrados y magistradas de la Corte Constitucional del Ecuador) nos remitiría a una legitimación de origen, de talante principalmente epistémico.

3 De este modo, suele hacerse referencia a la llamada “objeción” o “dificultad contramayoritaria” de la justicia constitucional en BICKEL (2020 [1986]) y ORONESU (2012).

4 Nos hemos referido parcialmente a este asunto en SOSA (2017).

En lo que respecta a la **legitimidad de ejercicio**, los tribunales o cortes constitucionales pueden legitimarse también de variadas formas. En relación con la que llamamos **legitimación por el procedimiento**, por ejemplo, los tribunales pueden buscar incorporar voces al proceso de toma de decisión, siendo un mecanismo recientemente utilizado por diferentes cortes constitucionales la celebración de audiencias públicas en las que se incluye a diversos actores sociales interesados en el tema (legitimación de ejercicio democrática) o también a especialistas técnicos en la materia discutida (legitimación de ejercicio epistémica) (HENNIG, 2010; BENEDETTI y SÁENZ, 2016; SOTELO, 2019). En cuanto a la **legitimación por resultado**, los tribunales constitucionales pueden legitimar sus decisiones, por decir, a través de la defensa de los valores sustantivos de Constitución y de una reforzada fundamentación del fallo (que serían formas de legitimación sustantiva); o también mostrando deferencia a los actores políticos involucrados en el caso, planteando, verbigracia, soluciones dialogadas o “sentencias dialógicas” (RODRÍGUEZ, 2016) (en este supuesto, podríamos estar ante una legitimación institucional o democrática, dependiendo de la salida dada al caso concreto).

1323

Además de lo expresado hasta el momento, es preciso recordar que las formas de legitimación de la justicia constitucional que aparecen, o son adoptadas, en cada Estado siempre se encuentran, en cualquier caso, estrechamente vinculadas a las tradiciones y la cultura jurídicas locales, así como a las necesidades históricas y sociales a la que responden sus principales actores: los jueces y juezas.

En este marco, es posible constatar que se encuentra difundido un modelo de legitimación que podemos calificar, a falta de un mejor nombre, como “circunspecto” o “introspectivo”. En resumidas cuentas, este modelo se basa en un modelo tradicional y en cierta medida opaco, que hace reposar la “legitimidad” de las cortes judiciales en lo arcano, en lo oculto y lejano para el ojo público. Esto se pone de manifiesto, por caso, a través de mantener en secreto las deliberaciones del Pleno (como ocurre, por ejemplo, en la mayoría de altas cortes europeas), en el carácter reservado de las audiencias (como ocurre con la Corte Suprema estadounidense, donde lo que ocurre al interior se conoce básicamente

por ilustraciones y por las transcripciones de las audiencias⁵), o también en la férrea exigencia del dogma de la “colegialidad” de las decisiones, prohibiéndose u ocultándose las disidencias entre los jueces (como sucede con la Corte Constitucional italiana o el Consejo Constitucional francés, que proscriben que los jueces hagan votos discordantes o salvamentos de voto, e incluso más: que expresen públicamente, de algún modo, su discrepancia con la sentencia).

Frente a este modelo, encontramos a una tendencia opuesta (que se va extendiendo en varios países de América Latina, por ejemplo), conforme a la cual se considera que la transparencia, la participación, y el escrutinio público inclusive, son mecanismos que favorecen legitimación de las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales (sobre todo, cuando se trata de pronunciamientos en torno a casos complejos). Como veremos en un momento más, este modelo de legitimación, atendiendo a las estrategias o mecanismos de legitimación empleados, puede ser denominado como “deliberativo” o “dialógico”.

1324

3. Tribunales constitucionales, constitucionalismo democrático y legitimación⁶

Hace un momento nos referimos a la posible legitimación democrática de las autoridades, en general, y de la judicatura en particular. Desde luego, hay varias precisiones que deben hacerse respecto de este punto y la primera que vamos a tratar se refiere al tipo de democracia al que estamos aludiendo. En especial, nos interesa presentar algunos modelos de “constitucionalismo democrático”, en los que la democracia no es concebida en tensión con los derechos, o mejor aún, en los que los tribunales o cortes constitucionales no son ideados como órganos eminentemente contramayoritarios.

5 Si bien es cierto que las transcripciones luego son difundidas. Por cierto, sobre los varios simbolismos de la Corte Suprema relacionados con su legitimación, además de su estrategia comunicativa, puede consultarse el interesante trabajo de THURY (2009).

6 Retomamos aquí una parte de lo expresado en SOSA (2017).

En este orden de ideas, seguidamente vamos a referirnos a cuatro formas de constitucionalismo democrático. Dos de ellas aluden a experiencias concretas y que han merecido conceptualizaciones *ad hoc*, nos referimos al “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y al “constitucionalismo del *Commonwealth*”. Las otras dos hacen referencia a modelos sobre todo surgidos desde la propuesta o crítica teórica a modelos realmente existentes y que han tenido cierta repercusión en algunos sistemas jurídico-constitucionales, nos referimos al “constitucionalismo político” y al “constitucionalismo dialógico”.

Con respecto al *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (cfr. VICIANO y MARTÍNEZ, 2011; MARTÍNEZ, 2016), este se ha manifestado en algunas recientes constituciones democráticas de América del Sur: la colombiana de 1991 (tras el movimiento ciudadano denominado “Sétima papeleta”), la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009. La peculiaridad de los procesos constituyentes que desembocan en dichas Constituciones es que pueden ser considerados como de origen auténticamente democrático, en la medida que fueron incluyentes y representaron el sentir de las grandes mayorías, a diferencia de los procesos o documentos constitucionales previos, surgidos más bien desde las élites económicas y políticas, o sobre la base de procesos muchas veces cuestionados en su legitimidad.

1325

Se trata de una corriente que se considera a sí misma como compatible con el constitucionalismo contemporáneo (o incluso con lo que se suele denominar “neoconstitucionalismo”). En especial, existen coincidencias con respecto al valor otorgado a la Constitución y a los derechos, así como en relación con rol de la justicia constitucional (y su protagonismo en materia de tutela iusfundamental).

En lo formal (VICIANO y MARTÍNEZ, 2013), las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracterizan por ser originales (tienen contenidos innovadores), amplias (tienen un vasto articulado) y complejas (si bien son expresadas de manera asequible y con lenguaje inclusivo).

Y en cuanto a los contenidos materiales, las constituciones del también llamado “constitucionalismo andino” incorporan:

- Nuevos derechos (en especial derechos sociales y políticos, así como nuevos titulares de derechos) y mecanismos directos de tutela iusfundamental.
- Establecen nuevas instituciones políticas, en muchos casos más allá de la clásica tripartición de poderes y los órganos del constitucionalismo *mainstream* (aunque no se cuestiona, como hubiera sido deseable, la forma de operar en la parte orgánica de la Constitución o “Sala de Máquinas”; cfr. GARGARELLA, 2014)
- Se incorporan numerosos medios de legitimación y control democrático (se incorporan prácticamente todos los mecanismos conocidos de democracia participativa; e incluso instituciones que incorporan formalmente la participación de ciudadanía o la sociedad civil, tales como el “Poder ciudadano” o la “Función de transparencia y control social”. En la misma línea, se prevé asimismo una rigidez calificada en cuanto a la modificación de la Constitución, que hace recaer en el pueblo su activación y la decisión final).
- Algunas de ellas ofrecen una nueva cosmovisión, distinta al del constitucionalismo liberal o *mainstream* (en este sentido, es también un constitucionalismo pluralista-indígena).
- Sus Constituciones económicas (es decir, la regulación de la economía establecida en sus Constituciones) suelen establecer modelos de desarrollo alternativos.

En lo que concierne específicamente a la justicia constitucional, se suele establecer cortes constitucionales vinculadas al modelo fuerte de control constitucional (TUSHNET, 2013). A efectos de este texto, seguramente conviene destacar el caso de Bolivia, cuyos miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional (como ocurre con sus otras altas cortes) son elegidos a través de elección popular. Así visto, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha habido una radicalización del carácter democrático del constitucionalismo, lo cual en el caso boliviano ha llevado al establecimiento una salida igualmente radical al asunto de la legitimidad democrática de su corte constitucional, planteando de ese modo una respuesta singular y atípica: la de la legitimidad democrática de origen.

En relación con el *constitucionalismo del Commonwealth* (o mejor, “nuevo modelo de constitucionalismo del *Commonwealth*”; cfr. GARDBAUM, 2013), este se encuentra representado por forma en que se ha implementado el control constitucional en algunos estados del Norte Global con una tradición histórica y jurídica común (la del *Common Law*), y a partir de reformas más o menos recientes (vinculadas a la incorporación de derechos humanos o fundamentales a sus ordenamientos). Entre estos contamos al Reino Unido (1998), así como algunos países del Norte Global en los que este tuvo históricamente influencia, tales como Canadá (1982) y Nueva Zelanda (1990) y Australia (2004)⁷.

Dichos países, como herederos de la tradición jurídica del *Common Law*, se caracterizaban porque los jueces juegan un rol importante en la creación del Derecho, al dotar de contenido los valores centrales e históricos de sus sociedades, así como por la “soberanía parlamentaria” que colocaba al poder legislativo como primer poder del Estado, lo cual desde luego adquiere una mayor significación en ordenamientos sin constituciones escritas. Ahora bien, lo que ha ocurrido es que en ese contexto se han establecido *Bill of rights* o declaraciones de derechos, de manera expresa, las cuales tienen como propósito vincular a los poderes políticos (y en especial al legislador).

1327

Sin embargo, ocurre que, en el contexto descrito, no resultaba tan comprensible dotarle, sin más, la “última palabra” en materia de interpretación de estos derechos a los órganos judiciales. Siendo así, se apostó por reconocer formas de diálogo y de coordinación entre las cortes y el Parlamento, apuntando a formas de control débil de constitucionalidad (nuevamente TUSHNET, 2013).

Este modelo reconoce entonces particulares formas de control y de coordinación que seguramente podrían parecer inaceptables o completamente insuficientes para el constitucionalismo *mainstream*, pero que, desde una perspectiva más deferente al principio democrático y a

⁷ Como puede apreciarse por las fechas, Canadá ha sido la pionera dentro de este modelo, y de hecho es el caso más difundido y estudiado. Por otra parte, las fechas hacen alusión al año de incorporación explícita de declaraciones de derechos en sus ordenamientos.

sus procesos políticos, pueden ser consideradas más legítimas y menos confrontacionales.

Entre los mecanismos singulares de control del *constitucionalismo del Commonwealth* tenemos, por ejemplo (MELERO, 2016):

- El control legislativo previo (de proyectos) a cargo del gobierno, con la finalidad de otorgarle al Parlamento la oportunidad de revisar cualquier potencial infracción iusfundamental que haya sido detectada. Esta forma de participación del gobierno –en contexto de sistemas parlamentarios– ha acarreado finalmente una cierta especialización del gobierno (y un interesante intercambio con los órganos judiciales) en la defensa de la legislación con visos de inconstitucionalidad.
- La existencia de comisiones parlamentarias que revisan efectivamente (y sugieren ajustes a) las propuestas legislativas que provienen del Ejecutivo, con la finalidad de evitar o corregir la posible ocurrencia de vicios de inconstitucionalidad.
- La posibilidad de que los tribunales emitan sentencias solo declarativas de inconstitucionalidad (o “de incompatibilidad”), sin que sus efectos sean la inaplicación o la invalidez de las normas cuestionadas.
- La contingencia de que el poder político exonere de control judicial de constitucionalidad a algunas normas legales (*notwithstanding clause*), o que insista en mantener vigente alguna legislación que ha sido declarada inconstitucional (*override clause*).
- La posibilidad de que el poder político pueda insistir con proyectos legislativos, pese a no ser capaz de afirmar que se trata de medidas compatibles con los derechos (en otras palabras, pese a que se tiene sospechas o dudas sobre la plena constitucionalidad de las medidas).

Por otra parte, en cuanto al *constitucionalismo popular*, puede ubicarse su origen en los Estados Unidos, en el marco de la crítica al activismo

judicial, practicado por su Corte Suprema, y levantó la llamada “objección contramayoritaria”. Así, este constitucionalismo –con matices, pues dentro suyo existen posiciones que pueden distinguirse (NIEMBRO, 2013)– se cuestiona que los desacuerdos importantes en el seno de una comunidad política sean resueltos por las Altas Cortes (típicamente, por los tribunales constitucionales), en vez de que dicha respuesta (o interpretación final sobre la Constitución) sea dada por el pueblo o los órganos representativos.

En similar sentido se cuestiona al “elitismo judicial”. Se señala que la supremacía judicial incurre en elitismo debido a que no es deferente del principio de “igual dignidad” de las personas, y además de ello, que los mismos vicios y sesgos que supuestamente irían en contra de otorgarle la última palabra a los poderes políticos (y a favor del judicialismo), en realidad pueden estar presentes tanto a nivel judicial como de participación política.

En lo que respecta al rol de los jueces, se considera que puede atribuírseles distintas funciones, pero siempre mostrando deferencia hacia los ciudadanos o los foros políticos, que es donde se considera que debe residir la “última palabra”:

1329

- A los jueces se les puede restar toda importancia con respecto de la interpretación constitucional, al considerarse que esta debería canalizarse en realidad a través de los espacios políticos (por ejemplo, para Larry Kramer y su “constitucionalismo popular” o Richard Bellamy y su “constitucionalismo político”; KRAMER, 2011; BELLAMY, 2010).
- Los jueces pueden tener el papel de garantes de las precondiciones de la democracia, de tal forma que se encargan de favorecer la discusión pública y política de los asuntos relevantes, protegiendo los procedimientos democráticos o la inclusión de actores, pero sin que les competa apropiarse de los asuntos sustantivos o de fondo (que es el caso de John Hart Ely o Jeremy Waldron; cfr. ELY, 1980; WALDRON, 2005).
- Puede fomentarse formas de control judicial constitucional débil, que impliquen salidas deferentes y coordinadas con los

poderes políticos, de tal forma que los jueces no se reserven la última palabra (Mark Tushnet y la mayoría de los constitucionalistas populares; cfr. TUSHNET, 1999).

- Los jueces pueden servir como catalizadores del sentir popular, ejerciendo una representación popular equiparable a la que detentan los órganos políticos (por ejemplo, Barry Friedman y su “constitucionalismo popular mediado”; FRIEDMAN, 2015).

Por último, vamos a detenernos en el *constitucionalismo dialógico*. Con respecto a este constitucionalismo puede hacerse referencia también a diferentes concepciones o tipos, si bien todas ellas tienen en común la promoción del diálogo constitucional, es decir, la discusión pública, abierta, plural e inclusiva como mejor método para resolver conflictos o tomar decisiones.

1330

Ahora bien, una de las concepciones dialógicas más difundidas y mejor conceptualizadas es la de la “democracia deliberativa”. Esta puede definirse adecuadamente si se destaca lo que es propio tanto de su elemento *democrático* como del *deliberativo* (ELSTER, 2001, p. 21).

Con respecto al elemento *democrático*, la democracia deliberativa promueve la máxima inclusión y participación de los ciudadanos que se verían afectados por las decisiones que se vayan a tomar, así sea potencialmente (GARGARELLA, 2011, p. 138). En cuanto al elemento *deliberativo*, la democracia deliberativa requiere que las decisiones públicas “sean adoptadas luego de un amplio proceso de discusión colectiva” (GARGARELLA, 2011, p. 138). Esto implica, desde luego, que debe existir espacios y procedimientos que permitan discutir, de manera abierta y transparente, sobre las cuestiones públicas, contando con la participación activa de los integrantes de la comunidad política (MARTÍ, 2007, p. 9)

La importancia de esta forma de democracia es que concibe que la legitimación del proceso de toma de decisiones públicas no se basa tan solo en participar (en hablar o votar), sino sobre todo en el intercambio abierto, sincero y plural de razones. En este sentido, la “democracia

deliberativa” (basada en el diálogo) aparece como una alternativa frente otros tipos de democracia, como la “democracia mayoritaria” (basada en el voto de las mayorías) o la “democracia agonal” (basada en el enfrentamiento de intereses contrapuestos).

Ahora bien, en el contexto del constitucionalismo dialógico, se ha planteado también el asunto de la legitimidad de las sentencias judiciales. Al respecto, como es sabido, las cámaras judiciales no se han caracterizado por ser espacios cercanos a la deliberación colectiva, sino más bien espacios reservados, íntimos o secretos, a los que solo excepcionalmente se podría acceder (por ejemplo, a través de audiencias puntuales o la intervención como *amicus curiae*).

Sin embargo, se viene repensando la función judicial en clave dialógica, con la finalidad de que cumpla con sus funciones sin invadir competencias ni roles más bien propios de los poderes políticos (v. gr., Ejecutivo y Legislativo). En este sentido, diversos tribunales vienen emitiendo lo que se ha denominado “sentencias dialógicas”, y se hace referencia asimismo a una “justicia dialógica”.

1331

Así, la justicia dialógica aparece como una forma de ejercer la jurisdicción no enfrentada con los poderes políticos (es decir, que la función jurisdiccional no es concebida como un poder “contramayoritario”), sino que más bien busca ser deferente con los procesos y ámbitos en los que pueda darse discusiones públicas, plurales e inclusivas (o cuando menos representativas). Asimismo, esta forma de justicia evita incurrir en elitismo (o decisionismo inclusive), que es de lo que muchas veces se les acusa a los jueces, y en especial a los tribunales constitucionales.

Incluso más, la justicia dialógica en muchas ocasiones puede ser una estrategia adecuada de legitimación para los jueces, sobre todo cuando los jueces necesitan tomar decisiones importantes que podrían ser cuestionadas por “activistas” o por invadir competencias ajenas. De este modo, a través de estrategias dialógicas es posible avanzar, por ejemplo, en la tutela judicial de los derechos sociales (que es el área que generalmente exige un mayor activismo por parte de los jueces).

4. Medios o estrategias de legitimación de los tribunales constitucionales a partir del modelo de “justicia dialógica”⁸

Existen diversos medios a través de los cuales las cortes constitucionales, en el plano de los hechos, procuran su legitimación. Estos mecanismos se encuentran relacionados con el rol social y político de los tribunales –al cual ya nos hemos referido en otras ocasiones⁹–, aunque sin perder de vista que son órganos que tienen también un carácter jurisdiccional (por ello deben regirse por el principio de imparcialidad, que no significa neutralidad frente a las controversias constitucionales y los valores involucrados).

Como ya fue adelantado, el marco del que partimos es el de la democracia deliberativa, el del constitucionalismo dialógico¹⁰ o, más específicamente, de la “justicia dialógica”. Es este modo, por “justicia dialógica” aludimos a una comprensión de la jurisdicción constitucional que permite y promueve la deliberación pública, la apertura y la inclusión de actores relevantes en el proceso de toma de decisiones¹¹.

1332

Desde esta perspectiva, nos alejamos entonces de formas de legitimación propias de otras versiones de democracia, como son la “mayoritaria” o la “agonal” (SCHUMPETER, 1996, p. 343 y ss.; MOUFFE,

8 Volvemos y ampliamos una parte de lo expresado en SOSA (2019).

9 En efecto, hemos explicado que las cortes constitucionales tienen algunas funciones específicas de carácter social y político, como es el caso de las funciones *republicana*; *reconciliadora*; moderadora; de *reconocimiento e inclusión*, y *racionalizadora* (SOSA, 2017). De manera más amplia, sobre el rol político de las cortes supremas o constitucionales, ver DAHL (2007) y FEREJOHN (2002).

10 Como señalan GARGARELLA y BERGALLO (2014), “el constitucionalismo dialógico vendría a decirnos que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía” (p. 10).

11 En este sentido, por “justicia dialógica” se entiende a algo más amplio que las “sentencias dialógicas”, las cuales están relacionadas con decisiones finales, sobre todo en casos complejos, en términos dialógicos (por ejemplo, a través del dictado de órdenes más abiertas, no exhaustivas y perentorias, cuya ejecución involucre incluso el diálogo con los actores sociales y políticos relevantes), sin que el tribunal tenga la última palabra. En este sentido, la “sentencia dialógica” puede ser entendida como un momento o una estrategia de la “justicia dialógica”.

1999, pp. 11-207), relacionadas básicamente con las elecciones populares o con la representación de intereses particulares. Por el contrario, hacemos referencia a formas de legitimación vinculadas con la intervención de los tribunales constitucionales como promotores de un diálogo público robusto, abierto e inclusivo; con la generación de espacios de participación que permitan enriquecer el proceso de toma de decisiones; o también con la generación de mecanismos de diálogo o cooperación que muestren cierta deferencia hacia aquellos actores políticos o institucionales más directamente vinculados con la decisión que debe desprenderse del caso.

En este sentido, encontramos que los tribunales y cortes constitucionales pueden legitimarse a través de recurrir a este tipo de medios o estrategias, y esta legitimación resulta especialmente valiosa y hasta necesaria cuando estamos ante sentencias a través de las cuales se resuelven asuntos complejos (SOSA, 2020, pp. 295-297). Estamos haciendo referencia entonces a un “activismo judicial dialógico”, el cual se diferencia del “activismo judicial clásico” de carácter más bien “monológico” (RODRÍGUEZ, 2016, pp. 493 y ss.), que es impermeable a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos. Asimismo, con base en lo precisado antes, estamos ante prácticas dialógicas o deliberativas, caracterizadas por fomentar la transparencia, la participación y hasta el escrutinio público y, por ende, alejada de la tradición judicial que denominamos “circumspecta” o “introspectiva”, caracterizada por su opacidad y cierto ensimismamiento.

1333

En todo caso, vale la pena precisar que no es este el momento ni el espacio para dar cuenta detalladamente sobre las ventajas de contar con cortes constitucionales dialógicas, ni de cómo estas permitirían, en el marco de concepciones deliberativas de democracia, superar la llamada objeción “contramayoritaria” (que busca poner en duda el carácter democrático de la justicia constitucional) (MENDES, 2018), sobre lo cual se viene debatiendo de manera intensa en los últimos años.

Asimismo, es necesario precisar que lo que se presenta seguidamente es tan solo una muestra inicial sobre los medios o estrategias dialógicos

posibles. De hecho, pueden encontrarse otros más, pero no se podrán abordar en esta ocasión¹².

4.1. La visibilización de los problemas

Una primera forma de legitimación encaminada a reforzar la *autoritas* de las cortes constitucionales alude a la posibilidad de que los tribunales constitucionales pongan en la agenda pública asuntos que inicialmente se encontraban excluidos del debate colectivo o que eran poco atendidos.

En estos casos –como se ha sostenido respecto a los medios de comunicación masiva, en relación con su público (McCOMBS, 2006)– los tribunales constitucionales pueden cumplir un rol de *agenda setting*, ello en la medida que tienen la capacidad de posicionar o fijar algunos asuntos en la agenda pública y política, es decir, aquella que podría ocupar a la sociedad y a los actores políticos e institucionales.

1334

Ahora bien, esta posibilidad de que los tribunales puedan poner en vitrina algunos temas relevantes no significa que vayan a determinar el sentido o el resultado último del debate público. En efecto, debe resaltarse que cuando las cortes constitucionales colocan un tema en agenda pública no están apropiándose de la “última palabra” en torno al tema, sino más bien están tomando la iniciativa con una “primera palabra”, a partir de la cual podría iniciarse un debate colectivo.

Ciertamente, agendar temas relevantes puede ser considerado como una expresión de la función “republicana” o “de conducción” (SOSA, 2017) de los tribunales constitucionales, en la medida que implica cierto liderazgo en la afirmación de bienes o valores constitucionales que no habían merecido mayor atención, así como poner en evidencia la existencia de deberes incumplidos por parte de algunos actores públicos o privados.

12 Entre estos se puede encontrar, por ejemplo, a la deferencia judicial a las decisiones democráticas deliberadas, la deferencia al parecer de los actores políticos o institucionales relevantes, la generación de espacios de diálogo institucional, las decisiones con reparaciones simbólicas, etc.

Un ejemplo que cabe mencionar —y que además se considera como sintomático del activismo judicial—, es el de la emisión de sentencias de carácter estructural en las que se abordan el tema de las condiciones carcelarias. Al respecto, puede constatarse que la terrible situación en la que sobrevive la población penitenciaria no suele concitar la atención de los actores políticos, y es que proponer mejoras en las condiciones en las que viven los reos puede ser una cuestión impopular, más todavía en contextos en los que se encuentra difundido o arraigado el populismo penal.

Al respecto, en varios países las cortes constitucionales han puesto en la palestra e impulsado la problemática sobre las (inhumanas) condiciones carcelarias. Este es el caso de algunos países iberoamericanos, como por ejemplo Argentina, cuya Corte Suprema emitió una sentencia estructural referida a las condiciones de los reos con prisión preventiva policial (en el famoso caso Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, sentencia del 3 de mayo de 2005); también de Colombia, cuya Corte Constitucional declaró “estados de cosas inconstitucionales” referidos a las pésimas condiciones carcelarias en dicho país (como se aprecia de las sentencias T-388 del 28 de junio de 2013, T-762 del 16 de diciembre de 2015, o T-153 del 28 de abril de 1998). Asimismo de Brasil, a través del “estado de cosas inconstitucionales” establecido por el Tribunal Supremo Federal (mediante resolución recaída en la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) n.º 347, el 9 de setiembre de 2015), lo cual también queda reflejado con la especial preocupación de dicho Tribunal tras los motines en los penales de Manaus, Roraima y Río Grande del Norte a inicios de 2017 (contexto en el que, además, se emitió una sentencia que estableció una indemnización para un reo que se encontraba en condiciones degradantes, en el recurso extraordinario n.º 5580.252, 16 de febrero de 2017), o también con la reciente sentencia del Tribunal Supremo brasileño en la que ordena la variación de la prisión provisional por la prisión domiciliaria, para miles de mujeres embarazadas o que sean madres de niños de hasta 12 años de edad (proceso de hábeas corpus n.º 143641, 20 de febrero de 2018).

4.2. El castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional

Otro ámbito en el que, sobre la base de un modelo deliberativo de democracia, las cortes constitucionales pueden adquirir cierta legitimación democrática es a través de exigir la existencia de un real diálogo o deliberación, tanto al interior de los órganos deliberativos correspondientes, como por consultar algunas medidas estatales relevantes con las personas a quienes va a afectar la medida.

De esta manera, algunas cortes latinoamericanas han asumido competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas legales, debido ya no solo a vicios formales (es decir, porque se ha infringido procedimientos o competencias constitucionalmente dispuestas) o a vicios sustantivos (esto es, por trasgredir bienes materialmente constitucionales) —como es aceptado generalmente por el constitucionalismo estándar—, sino específicamente por la ausencia o el déficit de deliberación pública o institucional.

1336

Si bien se trata de una cuestión aún incipiente, existen ya algunos ejemplos en la región que vale la pena tomar en cuenta. Tenemos, por ejemplo, el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional viene exigiendo, a través de su jurisprudencia reiterada, que se respeten “los procedimientos constitucionales y legales en la conformación de la voluntad mayoritaria, tanto respecto de leyes como de actos legislativos (reformas a la Constitución)”, ello en salvaguarda de la deliberación parlamentaria, mejor aún, de los mecanismos que aseguran la participación efectiva de los congresistas en los debates (por ejemplo: que haya apertura formal de la deliberación, que no se niegue arbitrariamente el uso de la palabra a los congresistas, que no haya diferencias radicales entre el proyecto que fue presentado y el proyecto a discutir, etc.), así como los principios relacionados con el ideal deliberativo (por ejemplo: publicidad del proyecto, periodo razonable entre debates, ausencia de discriminación de minorías políticas o de la oposición, etc.) (cfr. GARCÍA, 2016; OTÁLORA, 2013). La Corte Constitucional colombiana tiene variada jurisprudencia sobre la también llamada “elusión

deliberativa”¹³, en la que reivindica con claridad un modelo deliberativo de democracia (GARCÍA, 2016, pp. 178-179).

Otro caso que puede mencionarse es el de Argentina, donde con ocasión de resolverse un caso en el que se cuestionaba el aumento de las tarifas del gas (que fue conocido con el nombre de “Tarifazo”), la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de una resolución ministerial que contenía el nuevo cuadro tarifario, debido a que la regulación no fue consultada con la población que se vería directamente afectada (caso Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros - CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería, de 18 de agosto de 2016)¹⁴. Si bien esta sentencia –a diferencia de lo que ocurre en Colombia– no constituye un estándar arraigado, sin duda constituye un interesante avance a tener en cuenta. En este sentido, se han destacado por ejemplo “las importantes consideraciones que hace la Corte en relación con el valor de la discusión colectiva”, las cuales “resultan música para los oídos de quienes defendemos un ideal deliberativo de la democracia” (GARGARELLA, 2016); y ello es así principalmente porque la Corte Suprema habría partido de una visión sustantiva, y no meramente formal, de las audiencias públicas como mecanismos de consulta.

1337

Además de los ejemplos anotados, puede hacerse referencia asimismo al “derecho a la consulta previa”, cuya titularidad recae en los pueblos originarios de nuestra región, y que son tutelados, precisamente, por parte de la judicatura constitucional. Este derecho implica, en la misma clave dialógica a la que nos venimos refiriendo, que antes de que se concrete cualquier proyecto de envergadura que incida en la vida de las comunidades originarias (como es típicamente el caso de proyectos extractivos, energéticos, viales, hídricos, etc.), este debería ser objeto de una “consulta previa, libre e informada”, con la finalidad de que las comunidades muestren (o no) su asentimiento. En este orden de ideas, las cortes constitucionales han declarado nulos diversos proyectos que fueron concretados sin que se haya realizado esta “consulta previa”.

13 Entre muchas, véanse la C-222 de 1997, la C-816 de 2004, y la C-40 de 2010.

14 Véase PIANA y CÓRDOBA (2016).

4.3. La inclusión de actores y voces en la deliberación del caso

Un ejemplo ampliamente conocido y vinculado con la legitimación de los tribunales se refiere a la posible inclusión en el proceso encaminado a la toma de decisiones, tanto a los actores directamente involucrados o afectados con el problema que se debe resolver como a técnicos que puedan ofrecer sus consideraciones especializadas para tomar una mejor decisión.

A través de estas formas de intervención, las cortes se aproximan al ideal participativo e incluyente propio de la democracia deliberativa. Este tipo de participación abona, asimismo, tanto a la *legitimación* como a la *corrección* de lo resuelto. En cuanto a la *legitimación*, se trata sin duda de “un factor de legitimación social”, pues viabiliza “la posibilidad de participación formal de entidades y de instituciones que efectivamente representan los intereses generales de la colectividad y expresan los valores esenciales y relevantes de grupos, clases y estratos sociales” (HENNIG, 2010, p. 300)¹⁵. En cuanto a la *corrección*, la participación de una pluralidad de actores coadyuva a la mayor aceptabilidad de la eventual respuesta judicial, a su mayor eficacia a futuro y a su mayor corrección epistémica¹⁶.

Esta forma de legitimación puede lograrse a través, por ejemplo, de la convocatoria a audiencias públicas participativas para casos complejos

15 Se ha dicho que el Tribunal Constitucional, en cuanto “tribunal social”, es decir, abierto a diversos participantes en materia de interpretación constitucional (HÄBERLE, 2016, pp. 144-145), “penetra” [...] en el ámbito de la sociedad, asume ideas e interés de ese ámbito, los “oye” y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta” (HÄBERLE, 2004). En similar sentido: “El “pueblo” no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) “emana” el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legitimador en las interpretaciones del proceso constitucional: “como” partido político, opinión científica, grupo de interés, o bien, como ciudadanos...” (HÄBERLE, 2016, p. 150).

16 Como han explicado diversos teóricos de la democracia deliberativa, la deliberación permite el intercambio de información, la detección de erratas, el control de los aspectos emocionales, así como filtrar las preferencias irracionales, a la vez que dificulta la manipulación de la información, de la agenda y de las preferencias políticas (MARTÍ, 2006, p. 194 y ss.). Así, con miras a tomar mejores decisiones, será siempre favorable –y menos errado– poder conocer la mayor cantidad de argumentos (GARGARELLA, 2011, pp. 142-144; GARCÍA JARAMILLO, 2015, p. 237).

(como ocurre por ejemplo en Colombia, Brasil, Argentina o Chile), de la celebración de audiencias y visitas *in loco* o descentralizadas (como hacen por ejemplo la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), de admitir o promover la participación de *amicus curiae* (lo cual es posible en varios países de la región, tales como Argentina, Brasil, Colombia y Perú, e incluso en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), entre algunas de las principales formas de intervención que favorecen la participación.

En este marco, y por hacer referencia a tan solo uno de estos mecanismos, se hará referencia al caso de las audiencias públicas para casos de trascendencia social. En el caso de Colombia, por ejemplo, fue muy sonada la audiencia pública del 30 de junio de 2015 sobre el matrimonio igualitario, en la que participaron accionantes, organizaciones no gubernamentales, autoridades, especialistas o profesores universitarios, y universidades, contándose el total de cuarenta y dos intervenciones¹⁷. Dicho debate permitió conocer los distintos puntos de vista existentes en la sociedad colombiana en esta materia, y sobre esa base se emitió finalmente la sentencia SU214/16, que se pronuncia a favor de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

1339

El caso de Argentina es también emblemático. Roberto Gargarella suele hacer referencia, por ejemplo, al caso Riachuelo¹⁸; en dicho caso se analizó el daño ambiental ocasionado por la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que pasa por la ciudad de Buenos Aires y que se encontraba en un grave estado de contaminación. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia argentina convocó a cuatro audiencias desde setiembre de 2006 a noviembre de 2007, con la finalidad de conocer los planes de saneamiento, pericias especializadas y la opinión de los demandados. Finalmente, con fecha 8 de julio de 2008, se emitió la paradigmática

17 Todas estas pueden visualizarse en Corte Constitucional de la República de Colombia (2015).

18 En Argentina el asunto de las audiencias ha merecido un amplio y prolijo desarrollo; por ejemplo, véase BENEDETTI y SÁENZ (2016).

sentencia del caso Riachuelo [caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)], en la que se ordena el cumplimiento de los planes presentados e involucra a los actores sociales y la Defensoría del Pueblo con el seguimiento del cumplimiento del fallo.

Asimismo, se tiene la reciente y maratónica audiencia pública convocada por el Tribunal Constitucional chileno en torno a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales (cuando esté en riesgo la vida de la madre, en caso de violación y si el feto es inviable). La audiencia, que comprometió la participación de 135 intervenciones entre actores y organizaciones de distinto tipo, se llevó a cabo en dos días, el 16¹⁹ y 17 de agosto de 2017²⁰. Tras la audiencia, el Tribunal Constitucional chileno finalmente emitió la sentencia Rol N° 3729(3751)-17-CPT, de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, a través de la cual se decide la conformidad constitucional del proyecto.

1340

4.4. La publicidad de las audiencias o las deliberaciones

En muchos casos, el acceso a la deliberación que ocurre dentro de las cortes –por ejemplo, en el ámbito europeo y estadounidense– es muy restringido, e incluso casi secreto²¹. Muchas veces no son públicas ni las audiencias en las que las partes brindan sus alegatos, y menos aun se da a conocer el contenido de las sesiones en las que los magistrados deliberan o votan las causas judiciales que conocen.

Sin embargo, en varios países de la región dicha práctica está cambiando hacia un modelo más abierto y transparente, que permite conocer directamente los argumentos que brindan las partes en los litigios

19 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017a).

20 Las audiencias de ese día pueden consultarse en Tribunal Constitucional de Chile (2017b).

21 Un caso extremo es el de Italia, donde los jueces de la *Corte Costituzionale*, con la finalidad de evitar que se conozcan las eventuales discrepancias o las diferencias entre las posiciones dentro del colegiado, tienen prohibido emitir votos particulares (cfr. ZAGREBELSKY, 2008).

constitucionales, las preguntas o consideraciones que plantean los jueces en las audiencias, e incluso las posiciones de los magistrados así como los debates que ocurren al momento de deliberar un caso.

La “máxima publicidad de las audiencias públicas” se da, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional peruano. Allí las audiencias en las que las partes del caso presentan sus informes orales no solo son públicas en el sentido de que cualquier persona puede asistir a dichas sesiones, sino incluso estas son transmitidas en vivo a través de Internet (Tribunal Constitucional, s. f.a) y los videos de todas estas audiencias son alojados en la página web de la institución, por lo que quedan a disposición permanente de toda la ciudadanía (Tribunal Constitucional, s. f b).

Por otra parte, un caso emblemático sobre la “máxima publicidad de las deliberaciones” se da en Brasil. Allí existe un canal judicial, “TV Justiça”, a través del cual puede seguirse en vivo las deliberaciones que ocurren en el seno del Supremo Tribunal Federal de Justicia, que ciertamente tiene funciones de corte constitucional. Esta gran e inédita apertura, si bien es una expresión evidente de transparencia que tiende a la legitimación de las decisiones, presenta asimismo muchos retos y dificultades, como ha sido recientemente estudiado y problematizado (Rufino DO VALE, 2017).

1341

5. Consideraciones finales

Como fue explicado, los tribunales o cortes constitucionales son autoridades públicas, por ello les alcanza las formas de legitimación que pueden pregonarse para todas ellas en general.

No obstante ello, debido a la concepción que se suele tener sobre los órganos judiciales, es infrecuente que se haga referencia a formas de legitimación democrática en torno a su quehacer. En este sentido, la judicatura, y en especial los tribunales constitucionales suelen ser apreciados más bien como órganos “contramayoritarios”.

Esta percepción, desde luego, tiene sentido, pero desde ciertas formas de entender la democracia o el rol de las cortes constitucionales. Como hemos explicado, existen diferentes formas de “constitucionalismo democrático”, en los que los tribunales constitucionales no juegan un rol

propiamente contramayoritario, ni se encuentran en permanente tensión con la democracia.

Entre estos modelos del constitucionalismo democrático, exploremos en especial el modelo de la democracia deliberativa. Tomando como referente este tipo de democracia (que no se basa en el voto de las mayorías, sino en la existencia de un diálogo robusto e inclusivo), explicamos cuáles son algunos de los mecanismos o estrategias que, especialmente en América Latina, vienen utilizando algunos tribunales constitucionales para legitimar sus decisiones.



Bibliografía

1342

1. ALEXY, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
2. ALEXY, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (32).
3. ATIENZA, M. (2012). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel
4. ATIENZA, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
5. BELLAMY, R. (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
6. BENEDETTI, M & SÁENZ, M. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI.
7. BICKEL, A. (2020). *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el banquillo de la política*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
8. Corte Constitucional de la República de Colombia [Corte Constitucional]. (2015, 20 de agosto). *1 Apertura Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=ecGCj4-azr8&list=PLIXmT4OzTCv7Ok0jm5A4ArJEi2L3GMCWn>
9. DAHL R. (2007). La toma de decisiones en una democracia. La Corte Suprema como institución que crea políticas públicas. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 8(1).

10. DO VALE, R. (2017). *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
11. DWORKIN, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? En: *Isonomía*. (32).
12. ELSTER, J. (2001). Introducción. *La democracia deliberativa*. Jon Elster (compilador). Barcelona: Gedisa.
13. ELY, John Hart (1980). *Democracy and Distrust*. USA: Harvard University Press
14. FEREJOHN, J. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. XLV(184). México D.F: UNAM.
15. FERRAJOLI, L. (2016). Argumentación interpretativa y argumentación equitativa. En: *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*. (20).
16. FRIEDMAN, B. (2015). Constitucionalismo popular mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 6(1).
17. GARCÍA JARAMILLO, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal regulativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México D.F: UNAM-IIJ
18. GARCÍA JARAMILLO, L. (2016). Construcción de una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario: El caso colombiano. *Revista de Derecho*, XXIX(1). Valdivia: Universidad Austral.
19. GARCÍA, J. y VERDUGO, S. (2013). Activismo judicial. Un marco para la discusión. *Revista Jurídica del Perú* (153). Lima: Gaceta Jurídica.
20. GARDBAUM, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press
21. GARGARELLA, R. (2011) La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas. *La democracia deliberativa a debate*. Leonardo García Jaramillo (Coordinador). Cuadernos de Investigación (85). Medellín: Universidad EAFIT.
22. GARGARELLA, R. (2011). La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas. En: L. García Jaramillo (coord.). *La democracia deliberativa a debate*. Cuadernos de Investigación, Documento N° 85, Medellín: Universidad EAFIT.
23. GARGARELLA, R. (2014) *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz, Buenos Aires.
24. GARGARELLA, R. (2016, 23 de agosto). La Corte juega el juego del equilibrio. *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1930582-la-corte-juega-el-juego-del-equilibrio>

25. GARGARELLA, R. y BERGALLO, P. (2014). Presentación. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. R. Gargarella (Compilador). Buenos Aires: Siglo XXI.
26. GUASTINI, Riccardo (2008). Una teoría cognoscitiva de la interpretación. Isonomía. (29).
27. GUASTINI, Riccardo (2014). *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
28. HÄBERLE, P. (2004, julio-septiembre). El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). N.º 125, 9-37.
29. HÄBERLE, P. (2016). *El Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM.
30. HAREL, A. (2018). *Por qué el Derecho importa*. Madrid: Marcial Pons.
31. HART, H. (1963). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
32. HENNIG, M. C. (2010). La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, Año 8(1), 283-304. Talca: Universidad de Talca.
33. HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
34. IOSA, J. (2011). La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía. *Analisi e Diritto*, Madrid: Marcial Pons.
35. KRAMER, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
36. LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
37. MARTÍ, J. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
38. MARTÍ, J. L. (2007). La democracia deliberativa y los derechos que garantizan el procedimiento. Documento de trabajo (Lectura de la “Settimana dei Diritti, Diritti umani tra identità e democrazia”, organizado por la Universidad de Palermo, Italia, en junio de 2007).
39. MARTÍNEZ, Rubén (2016) El constitucionalismo fundacional latinoamericano en su contexto: entre las influencias y la originalidad. *El Derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica moderna*. Tremolada Álvarez, Eric (editor). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
40. McCOMBS, M. (2006). *Estableciendo la agenda: El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós.

41. MELERO, C. (2016) *El modelo colaborativo de constitucionalismo. Hacia una cultura democrática de la justificación* (tesis doctoral). Universidad Carlos III, Getafe, España.
42. MENDES, C. (2018). *Cortes constitucionales y democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
43. MOUFFE, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
44. NIEMBRO, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (38). México D.F.: ITAM.
45. NINO, C. (1989). La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia. En: *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
46. OTÁLORA, Guillermo (2013). El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico* (38). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
47. ORONESU, C. (2012). Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. (2).
48. PIANA, R. S., y Córdoba, G. (2016). Democracia representativa y democracia deliberativa. Un análisis teórico a partir del proceso de reestructuración de las tarifas de gas en Argentina. *Revista de Derecho*, N.º 21, 21-43. Managua: Universidad Centroamericana.
49. RAZ, J. (1985). *La autoridad del Derecho*. México D.F.: UNAM.
50. RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2016). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En: M. García Villegas & M. Ceballos Bedoya (edit.). *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá: Dejusticia.
51. RUFINO DO VALE, A. (2017). *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
52. SCHUMPETER, J. (1996). *Capitalismo, socialismo y democracia* (Tomo II). Barcelona: Folio.
53. SHAPIRO, S. (2013). Autoridad. En: *Revista Derecho del Estado*. (31).
54. SOSA, J. M. (2017). Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir. En: *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*. (12).

55. SOSA, J. M. (2019). Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales. *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
56. SOSA, J. M. (2020). La publicidad de las deliberaciones del Pleno del Tribunal Constitucional. Fundamentación, análisis y sugerencias, a propósito del plan piloto recientemente iniciado. *Gaceta Constitucional* (146). Lima: Gaceta Jurídica.
57. SOTELO, A. (2016). *Audiencias públicas ciudadanas: acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007*. Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Suprema Corte de Justicia de la Nación.
58. THURY, Valentín (2009). La legitimidad de los tribunales supremos y sus estrategias comunicativas. El caso de la Corte Suprema de EE.UU. *Estudios Constitucionales*, Año 7(1). Talca: Universidad de Talca.
59. TOSCANO, M. (2018). Autoridad y razones para la acción: dos problemas. En: *Revista de Estudios Políticos*. (179).
60. Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017a, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 1 - Grupo Exponente 1* [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=G5ErCPkPDyY&list=PLqRWyXXOYvMxWmTYxbMVzZ_gs5pwLC3l6
61. Tribunal Constitucional de Chile [Tribunal Constitucional de Chile]. (2017b, 17 de agosto). *Audiencia Pública Rol 3729 - Día 2 - Grupo Exponente 1* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=bI2hDcUF2Wg&list=PLqRWyXXOYvMyM7tyBUMFzCmnTv9UF3R6C>
62. Tribunal Constitucional. (s. f.a). *Audiencias en vivo* [Página web]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/tc/public/audiencia/envivo/transmision>
63. Tribunal Constitucional. (s. f.b). *Histórico de filmaciones* [Página web]. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/audiencia/historico-de-filmaciones/>
64. TUSHNET, M. (1999) *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press.
65. TUSHNET, M. (2013). *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra.
66. VEGA GÓMEZ, J. (2015). Autoridad. En: J. Fabra Zamora & V. Rodríguez Blanco (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. (Vol. 2). Ciudad de México: UNAM.
67. VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011) “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. En: *Revista General de Derecho Público Comparado* (9). Iustel.

68. VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2013) La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho* (48). Ilsa.
69. VILAJOSANA, J. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
70. WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdo*. Madrid: Marcial Pons.
71. ZAGREBELSKY, G. (2008). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.

Stato di diritto e funzione requirente in Italia: un unicum europeo?

✍ GIOVANNI TARLI BARBIERI*

1. Il Pubblico ministero nell'esperienza italiana: una figura complessa

1. «**F**ra tutti gli uffici giudiziari, il più arduo mi sembra quello del pubblico accusatore: il quale, come il sostenitore dell'accusa, dovrebbe essere parziale al pari di un avvocato; e, come custode della legge, dovrebbe essere imparziale al pari di un giudice. Avvocato senza passione, giudice senza imparzialità: questo è l'assurdo psicologico nel quale il pubblico ministero, se non ha uno squisito senso di equilibrio, rischia ad ogni istante di perdere per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o, per amor di polemica la spassionata oggettività del magistrato».

1349

Questa nota citazione (CALAMANDREI, 1949, 40) mette efficacemente in evidenza la centralità ma insieme tutta la problematicità dell'inquadramento costituzionale del Pubblico ministero nell'ordinamento italiano (per questo, di figura «assai complessa» parlava nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, Mortati, 1976, 1263), non a caso in passato, ma ancora oggi, oggetto in dottrina di ricostruzioni diverse, ma in un certo senso accomunate dalla constatazione di una sorta di ambiguità del disegno costituzionale stesso (per PIZZORUSSO, 1979, ZANON, 1996) che apparirebbe «non pienamente lineare ed anzi in certo modo ibrido» (MORTATI, 1976, 1265, nt. 1); non a caso, una più recente monografia sul sistema costituzionale della magistratura parla dell'istituto del Pubblico ministero

* Professore Ordinario dell'Università di Firenze.

come «tra i più controversi quanto a natura giuridica, organizzazione interna, ruolo nei diversi tipi di processo e collocazione nell'ambito più generale dell'ordinamento costituzionale» (ZANON, BIONDI, 2019, 249).

Proprio questa diffusa tesi ha contribuito ad alimentare dibattiti ed anche proposte di riforma più o meno meditate, ancora più a partire dall'inizio degli anni novanta allorché i rapporti tra la politica e la giurisdizione hanno assunto connotati polemici e spesso conflittuali, culminati nella stagione di "Mani pulite"; in questo periodo, le procure secondo i critici, «si sono atteggiate a rappresentanti delle opinioni e dei valori dominanti nella società, capaci di instaurare un rapporto diretto con l'opinione pubblica, e pertanto legittimate ad incidere sullo stesso processo di formazione dell'indirizzo politico» (PITRUZZELLA, 1996, 77-78) e il Pubblico ministero ha assunto «un risalto straordinario» e le sue funzioni sono state percepite dall'opinione pubblica in tutta la loro rilevanza sociale e istituzionali, radicandosi «nel cuore stesso dei meccanismi che fondano la democrazia» (RORDORF, 2018, p. 3).

1350

In questa stagione nel dibattito sull'interpretazione dei precetti costituzionali relativi al Pubblico ministero, come giustamente è stato osservato, «si sono intrecciate argomentazioni squisitamente giuridiche ed esegetiche e prese di posizioni politiche ed ideologiche» e «spesso le seconde sono state sorrette (e talvolta mascherate) dalle prime» (SILVESTRI, 2006, 218-219); non solo, ma si sono radicate anche equivoche e paradossali ricostruzioni nei rapporti tra responsabilità politica e responsabilità penale: le stesse parti politiche che hanno denunciato a più riprese il protagonismo dei Pubblici ministeri e l'uso politico della giustizia, hanno avallato la tesi secondo la quale ciò che non costituisce reato è irrilevante anche sul piano politico, così avallando di fatto proprio un'obiettivo "supplenza" giudiziaria.

2. Il Pubblico ministero in una prospettiva storica

Ai fini dell'inquadramento del Pubblico ministero è di grande utilità un approccio di tipo storico, che consente anche di comprendere talune delle apparenti incertezze che il quadro costituzionale vigente presenta (per tutti NOBILI, 1974).

È noto che l'ordinamento italiano in epoca liberale è profondamente debitore del modello francese che aveva visto una singolare continuità tra l'*ancien régime* e l'esperienza liberale (per tutti, NOBILI, 1974, 113; SCARPARONE, 1988, 1094 ss.; SCARSELLI, 2004, 159 ss.): emblematico il fatto che lo Statuto albertino non si riferisse ai magistrati del Pubblico ministero (fatta eccezione forse per un riferimento nell'art. 70 alla conservazione dei magistrati e giudici esistenti all'entrata in vigore dello Statuto stesso).

In questa sede non è possibile ricostruire analiticamente la disciplina legislativa in epoca liberale, salvo evidenziare come essa fosse connotata, nell'ambito di una concezione statocentrica, dal primato del Governo sulle istituzioni giudiziarie (per tutti, ALLEGRETTI, 490). In questo ambito, la «figura del pubblico ministero si rivelò «uno strumento particolare dell'ingerenza dell'esecutivo sui giudici». In quanto rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria e posto sotto la direzione del Ministro della giustizia era destinatario di circolari di quest'ultimo che impartivano veri e propri ordini che dai procuratori generali rifluivano su quelli inferiori, influenzando anche i giudici (art. 129, r.d. 2626/1865: ALLEGRETTI, 491-492) ed erano ampie le prerogative ministeriali relative allo *status* dei procuratori (nomine, promozioni, trasferimenti, dispense dal servizio). Né da questo punto di vista, le riforme successive alla crisi di fine secolo scalfirono in profondità detta dipendenza.

1351

In definitiva, quindi il Pubblico ministero era in questo periodo «l'anello di una catena che legava l'intero ordine giudiziario all'esecutivo» (AMATO, 1967, 387), come si è detto «traghetando all'interno dello Stato liberale una delle istanze più arcaiche dell'assolutismo» (MANETTI, 2008, 178).

D'altra parte la dipendenza dei Pubblici ministeri dal potere esecutivo costituiva in epoca liberale un tassello di una più profonda caratteristica dell'ordinamento italiano pre-repubblicano, ovvero il mancato sviluppo e consolidamento delle garanzie del potere giudiziario (per tutti MARANINI, 1983, 250 ss.).

In questo contesto, come peraltro anche in altre materie, il fascismo non ebbe necessità di introdurre riforme radicali, essendo la soggezione

dei Pubblici ministeri all'Esecutivo pienamente coerente con le aspettative del regime. Il punto di arrivo è costituito dal regio decreto 12/1941, recante la normativa in materia di ordinamento giudiziario, il quale riconduceva sì il Pubblico ministero all'interno dell'ordine giudiziario (art. 4, comma 1) ma lo poneva «sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia» (art. 69), inquadrandolo in un modello organizzativo fortemente gerarchizzato (art. 70, comma 3) (PIZZORUSSO, 1990, 168).

Non stupisce quindi che il codice di procedura penale del 1931 valorizzasse all'estremo le prerogative del Pubblico ministero a partire dalla conduzione dell'istruzione sommaria e dalla possibilità per questi di adottare provvedimenti limitativi della libertà personale: si è perciò parlato del Pubblico ministero come di una sorta di "paragiudice" (CHIAVARIO, 1982, 105).

1352

Per comprendere adeguatamente le scelte operate dalla Carta fondamentale, è necessario precisare che nel periodo costituzionale provvisorio furono operate scelte importanti e, in qualche misura, condizionanti il dibattito in senso alla Costituente: fu attenuato il vincolo di dipendenza del Pubblico ministero dal potere esecutivo, ripristinando il controllo giurisdizionale sulle richieste di archiviazione (art. 6, d.lgs.lgt. 288/1944) ed estendendo a esso la prerogativa dell'inalienabilità, eliminando il vincolo di dipendenza gerarchica dal Ministro della giustizia (artt. 13 e 39, r.d.lgs. 511/1946; per tutti, Neppi Modona, 1997, 90).

All'interno della Costituente non mancarono, come è noto, divisioni anche profonde relativamente alle previsioni da inserire nella Carta fondamentale sul Pubblico ministero, emblematicamente sintetizzabili, da una parte, nella posizione di Calamandrei, favorevole a una piena indipendenza del Pubblico ministero dal potere politico, e, dall'altra, in quella di Leone, favorevole a un collegamento tra questi e il potere esecutivo, in un'ottica secondo la quale questo legame sarebbe dovuto rispondere all'esigenza di «non correre il rischio di dare al Paese un potere giudiziario che o non sia sufficientemente indipendente, come è invece da tutti auspicato, o lo sia a tal punto da restare avulso dalla vita della Nazione» (Monaco, 2003, 277 ss.).

L'art. 107, comma 4, Cost. infine approvato («Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario») traduce quindi sul piano normativo l'ordine del giorno Targetti che, sul presupposto dell'accantonamento di un comma che avrebbe equiparato il Pubblico ministero ai giudici sul piano delle garanzie, riaffermava la necessità dell'indipendenza di tutti i magistrati; tuttavia, l'approvazione dell'art. 107, comma 4, non determinò alcun ripensamento sia con riguardo all'attrazione del Pubblico ministero nella magistratura e all'estensione delle garanzie di *status* riconosciute ai giudici, sia, correlativamente, all'affermazione della competenza del Consiglio superiore della magistratura anche sui magistrati del pubblico ministero.

Si può quindi concludere nel senso che «nell'ordinamento italiano il pubblico ministero è stato configurato fin dall'Assemblea costituente come un magistrato con garanzie di indipendenza simili a quelle dei giudici. La soluzione è apparsa adeguata al nostro sistema, nel quale non è completa la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo e, quindi, manca un efficace controllo del primo sul secondo. Inoltre, la soluzione è parsa coerente con il lacerante ed irrimediabile contrasto ideologico che divide la società italiana» (TONINI, 2020, 105). Ed è alla luce di tale considerazione che è possibile dare dell'art. 107, comma 4, Cost. un'interpretazione che lo renda coerente con le altre contenute nel Titolo IV riferite al pubblico ministero, tenendo conto del fatto che il riferimento nell'art. 108, comma 2, Cost. all'indipendenza del Pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali rende evidente che il Costituente non ha lasciato del tutto impregiudicato il problema (ONIDA, 1994, 30).

1353

3. Il Pubblico ministero quale elemento qualificante del modello italiano di ordinamento giudiziario

La posizione costituzionale del Pubblico ministero è, come autorevolmente sostenuto, «uno degli elementi qualificanti il modello italiano di ordinamento giudiziario» (con un evidente richiamo ad una espressione di PIZZORUSSO, 1999b, 235 ss.), con riguardo sia ai principi fondamentali espressi nel titolo IV della Costituzione o attuati a livello legislativo, sia, ancora di più, «alla luce di come si è venuto realmente a

realizzare nella esperienza pratica» dopo oltre settanta anni dall'entrata in vigore della Carta fondamentale (ROMBOLI, 2002, 307).

I cardini del modello italiano di ordinamento giudiziario, connotato dalla *ratio* di garantire dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ai livelli più alti in Europa possono essere riassunti come segue:

A) il potere giudiziario è configurato come autonomo e indipendente da ogni altro potere (art. 104, comma 1). In questa sede non è certo possibile ricostruire la *querelle*, alimentata in termini talvolta del tutto strumentali a livello politico, tra la magistratura come "ordine" e magistratura come "potere", se non per evidenziare che la sua riconduzione a un "potere" è agevole non solo per ragioni storiche ma anche perché, alla luce della giurisprudenza costituzionale, i poteri dello Stato sono riconducibili «alle istituzioni aventi rilevanza costituzionale, che si concretano in strutture organizzative plurifunzionali, in grado di porre in essere, di volta in volta, attività riconducibili alle diverse funzioni dello Stato» (SILVESTRI, 1997, 63). Si tratta di un punto da ribadire pur tenendo conto delle peculiarità della magistratura, riconducibile ad unità quanto alla disciplina dello *status* dei propri membri, ma circondata da un apparato amministrativo dipendente dal Ministro della giustizia *ex art.* 110 Cost.

I giudici sono perciò stati considerati dalla Corte costituzionale, fino dalle prime pronunce relative ai conflitti interorganici, come organi abilitati a essere parti in conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato (ordd. 228 e 229/1975; 231/1975), in quanto il potere giudiziario è considerato potere diffuso e quindi acefalo.

B) Come già accennato, e come sottolineato tra gli altri da Mortati (1976, 1248 ss.), tutta la disciplina costituzionale della giurisdizione è incentrata sulla tutela dello *status* dei giudici e in questo senso il C.s.m. è la chiave di volta della garanzia di tale status.

In definitiva, il Costituente si pose negli artt. 104 ss. Cost. il problema di conciliare l'indipendenza piena del singolo giudice

con una garanzia complessiva dell'ordine giudiziario, in una prospettiva che vuole preservare l'indipendenza individuale del giudice con quella della magistratura come ordine, nella duplice prospettiva di una tutela dell'indipendenza esterna (art. 104) e di quella interna allo stesso ordine giudiziario (art. 107, comma 3, Cost.). In questo contesto è stata coniata la felice espressione del CSM come organo competente per l'amministrazione della giurisdizione (PIZZORUSSO, 1990, 95 ss.), mentre al Ministro della giustizia sono rimaste funzioni di amministrazione per la giurisdizione (SILVESTRI, 2006, 221).

Corollario della indipendenza esterna è anche la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario di cui all'art. 108, comma 1, Cost. che sicuramente esclude ingerenze del potere esecutivo attraverso l'esercizio del potere regolamentare ma probabilmente non la possibilità per il CSM di adottare atti paranormativi attuativi (e talvolta anche largamente integrativi) del dettato legislativo, anche in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico ministero.

1355

- C) Accanto all'indipendenza esterna la Costituzione garantisce anche l'indipendenza interna che protegge i giudici da condizionamenti e interferenze che provengano dall'interno del potere giudiziario (sulla quale, per tutti, BARTOLE, 1989): i due profili, da tenere concettualmente distinti, sono accomunati da un'identica *ratio*, ovvero quella «di rendere il giudice libero, al momento in cui è chiamato ad esercitare la sua funzione giurisdizionale, da illecite influenze ed ingerenze che gli potrebbero derivare appunto dall'esterno come dall'interno della stessa magistratura ed il concetto di imparzialità del giudice, come unanimemente riconosciuto, si riferisce appunto al momento “funzionale” in cui il giudice è chiamato concretamente ad applicare la legge ad un singolo caso» (ROMBOLI, 2000, 368).

Così, l'art. 107, comma 3, Cost., laddove afferma che i magistrati si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni, condanna un modello di organizzazione gerarchica della

magistratura che pure si era affermato fin dall'epoca statutaria, e per questo è apparso «più radicalmente [...] in contrasto con la disciplina anteriore» (PIZZORUSSO, 1990, 45).

Dall'art. 107, comma 3, emerge dalla Costituzione un *favor* verso un già richiamato modello diffuso, che spiega la legittimazione di ogni giudice a sollevare questioni di legittimità costituzionale nel corso del processo (art. 1, l. cost. 1/1948), in una prospettiva di cooperazione tra giudici e Corte che nell'esperienza italiana si è rivelata feconda nell'ottica di un loro coinvolgimento nella concretizzazione dei precetti costituzionali, e nell'essenziale opera di bilanciamento dei diritti.

In questo contesto l'eguale diversità dei giudici lumeggia altresì il principio di precostituzione del giudice che giustamente Paolo Barile ha messo in correlazione anche con la tutela stessa del diritto di difesa e quindi nell'ottica dei diritti fondamentali dei cittadini (Barile, 1984, 313 ss.); esso è altresì alla base di un fondamentale diritto dei cittadini a tutela dell'imparzialità della funzione giurisdizionale prima ancora dello svolgimento del processo (Corte cost., sent. 127/1979; 460/1994).

1356

D) Autonomia e indipendenza della magistratura non collidono con il principio democratico: l'amministrazione della giustizia in nome del popolo e la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101) esprimono l'idea che la democrazia resta pur sempre il fondamento ultimo della funzione giudiziaria, ma tale funzione «non è soggetta, né direttamente né indirettamente, alle regole costituzionali che caratterizzano il circuito democratico e che prevedono la legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante» (ZANON, 2008, 251-252). L'art. 101 Cost. nei suoi due commi esprime l'idea che il giudice e la giurisdizione non sono e non debbono essere avulsi dal principio democratico e dalla sovranità popolare ma non sono collegati al circuito rappresentanza-responsabilità politica (DI GIOVINE, 2010, 45), e quindi al dominio della maggioranza politica in danno delle minoranze.

In effetti, la soggezione del giudice alla legge, come è stato esattamente osservato, esprime la massima risorsa di legittimazione del giudice (per tutti, Dogliani, 1997; Ferraioli, 2016): l'avverbio “soltanto”, come è stato giustamente osservato, «comporta l'esclusione dell'eventualità che il giudice possa essere vincolato all'osservanza di norme e ordini di qualsiasi genere, da chiunque provenienti, che non siano riconducibili al sistema delle fonti del diritto proprio dell'ordinamento giuridico dello Stato», secondo la regola per cui *non exemplis sed legibus iudicandum est* (Pizzorusso, 1999a, 139, nt. 13).

Pur non potendosi più parlare di una aprioristica supremazia del potere legislativo su quello giudiziario, essendo le due funzioni «l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione» (FIORAVANTI, 2016, 8; cfr. per tutti anche CARETTI, 2015), la soggezione del giudice alla legge esprime l'idea per cui «non si può parlare di vera giurisdizionalità laddove non si realizza in pieno il principio di legalità» (ELIA, 2005, 479).

1357

Tuttavia, tale principio non può essere adeguatamente compreso se non si tiene conto che la Costituzione repubblicana, come specificato già dalla “celebre” sent. 1/1956 della Corte costituzionale, ha determinato il «passaggio dal sillogismo alla bilancia» e più ancora, anche per lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale, il passaggio dal «“testo” ai valori», mettendo in risalto la funzione “creativa” dell'interprete e quindi il crescente rilievo dell'attività giurisdizionale rispetto all'attività legislativa (BARBERA, 2015, 322 ss.); e ciò anche per il fatto che la Costituzione repubblicana appare fortemente connotata sul piano della promozione sociale, civile e politica (art. 3, comma 2) per cui anche il giudice è chiamato a perseguire tali finalità, con particolare riferimento a coloro che sono i più deboli per ragioni economiche e sociali (VIOLANTE, 2009, 45 ss.).

4. Esiste un modello di Pubblico ministero previsto dalla Costituzione?

Un tassello fondamentale del modello italiano di ordinamento giudiziario è costituito dalle disposizioni costituzionali sul Pubblico ministero, e in particolare, quelle sulla sua appartenenza al potere giudiziario, sulle garanzie di indipendenza, e, collegate ad esse, sull'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). Si tratta di un tassello fondamentale e per molti versi decisivo perché come è stato affermato, «l'importanza del ruolo del p.m. risulta d'altronde di estrema evidenza allorché si rifletta sul fatto che esiste in Italia in materia penale il principio secondo cui il giudice non può agire d'ufficio, spettando l'esercizio dell'azione penale solamente al p.m. (*ne procedat iudex ex officio*), per questo sarebbe poca cosa riconoscere l'indipendenza del giudice se questo potesse agire solo dietro richiesta di un p.m. non indipendente o dipendente dal potere esecutivo» (ROMBOLI, 2002, 307; similmente PIZZORUSSO, 1999a, 144).

1358

Si può quindi affermare che esiste un modello di Pubblico ministero previsto dalla Costituzione.

Anche se il principio di separazione dei poteri non implica un solo modo di organizzare e collocare l'ufficio del pubblico ministero, la scelta fatta propria dal Costituente italiano è innanzitutto quella che il pubblico ministero sia parte interna dell'ordine giudiziario (per tutti, G.U. RESCIGNO, 2008).

Si tratta di un primo punto da rimarcare nella misura in cui parte della dottrina giuspubblicistica (CORSO, 1997; ZANON, BIONDI, 2019, 249 ss.) ha proposto un'interpretazione dell'art. 107, comma 4, Cost. per cui la Costituzione imporrebbe la previsione di garanzie per l'indipendenza del pubblico ministero ma ne demanderebbe la determinazione al legislatore, così da rendere possibile il tenerlo separato dall'organizzazione dei giudici (con riferimento ai concorsi, all'addestramento, alle carriere, all'organizzazione interna, ai controlli, ai passaggi da una carriera all'altra).

Tale tesi però non appare convincente poiché un'interpretazione sistematica induce a ritenere che, da una parte, le garanzie costituzionali

spettanti alla “magistratura” (art. 104, commi 1 e 4; art. 105; 107, commi 1 e 3) si riferiscano a tutti i magistrati; dall'altra, le specifiche attribuzioni del pubblico ministero, in particolare l'obbligatorietà dell'azione penale è «elemento che concorre a garantire anche l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione (Corte cost., sent. 84/1979) ed anzi ne è la «fonte essenziale» (sent. 420/1995). Pertanto, «realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come “un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere”, che “non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge” (sent. nn. 190 del 1970 e 96 del 1975)» (sent. 81/1991).

Si è quindi formato un “diritto costituzionale vivente” in relazione all'art. 107, comma 4, quantomeno con riferimento all'indipendenza esterna, corroborato dalla giurisprudenza costituzionale, dal legislatore ordinario, da numerosi atti del C.S.M.

1359

Si può allora concludere nel senso che l'art. 107, comma 4, Cost., che non a caso si pone immediatamente dopo il comma 3, relativo all'indipendenza interna dei magistrati, è quello di consentire al legislatore di prevedere garanzie di indipendenza specifiche in relazione alle peculiarità delle funzioni esercitate dallo stesso (per tutti, DAL CANTO, 2020, 197 ss.; Romboli, 2002, 308-309), tenendo conto che il quadro costituzionale, come si dirà in seguito, non impedisce la previsione di strumenti di coordinamento, resi necessari sul piano fattuale anche perché «il raggio geografico delle investigazioni, quando non è addirittura nazionale, o ultranazionale, è in generale abbastanza ampio da sconsigliare una eccessiva frammentazione degli uffici del pubblico ministero e comunque una rigida separazione di competenze tra ufficio e ufficio» (G.U. RESCIGNO, 2008, 147).

Come accennato, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «la garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la

sua sede propria nell'art. 112» (sent. 420/1995) evidenziando come essa sia incorporata nell'obbligatorietà dell'azione penale, per la cui completa attuazione l'organo che la esercita deve godere delle stesse guarentigie dei giudici in senso stretto (SILVESTRI, 2006, 224).

La perdurante attualità e cogenza di questo principio è stata evidenziata, tra gli altri da Chiavario, il quale ha evidenziato come «l'articolo 112 abbia fornito, e fornisca, uno scudo efficace a tutela della legalità nel nostro Paese, specialmente contro le pressioni di potentati politici ed economici, tese a sollecitare chiusure d'occhio su fenomeni di delinquenza anche gravi, e ad evitare processi "scomodi"» (CHIAVARIO, 2006, 17), ovvero ancora a fondare fattispecie di immunità o a ampliare quelle previste dalla Costituzione (Corte cost., sent. 262/2009).

1360

Occorre da questo punto di vista forse una maggiore attenzione alla storia del nostro Paese: a fronte delle critiche all'obbligatorietà dell'azione penale non si può non ricordare quanto scriveva Mortati nel 1976: «L'opinione [...] della piena assimilazione al giudice del p.m., come lui sottoposto solo alla legge, non trova rispondenza nella prassi che vede troppo spesso violato da numerosi titolari dell'organo il principio consacrato nell'art. 112 cost. dell'obbligatorietà dell'azione penale, per effetto di fattori vari di pavidità, indifferentismo, di compiacenza al potere pubblico, che si risolvono in connivenza con chi delinque», arrivando a prefigurare l'introduzione di una forma di azione penale popolare (MORTATI, 1976, 1265, nt. 1).

In questo senso a partire dal 1993 (sentt. 462, 463, 464) la Corte costituzionale ha qualificato il Pubblico ministero come potere dello Stato ai fini dell'instaurazione di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato «in quanto –ai sensi dell'art. 112 della Costituzione– è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività d'indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale» (sent. 420/1995).

La stessa Corte ha giustamente evidenziato che il principio di obbligatorietà dell'azione penale è il «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale»; infatti, «il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle

condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale» (sent. 88/1991).

Pertanto, l'organizzazione degli uffici del Pubblico ministero deve rispondere a quattro imperativi costituzionali diversi, il cui bilanciamento è complesso da realizzare, come si deduce dai ripetuti interventi legislativi attuativi, ovvero: *a*) la tutela dei cittadini contro i reati (art. 24, comma 1, Cost.); *b*) l'indipendenza dei magistrati del Pubblico ministero (art. 107, comma 4); *c*) il principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3, commi 1 e 2); *d*) il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97, comma 1). Come è stato affermato, «la lesione di uno di questi quattro principi basilari implica una ricaduta diretta o indiretta sull'effettività dell'obbligo di cui all'art. 112 Cost., così come l'omessa o insufficiente osservanza di tale obbligo determina, direttamente o indirettamente, la lesione di uno o più dei suddetti principi» (SILVESTRI, 2006, 227).

1361

Certo, il precetto costituzionale non presuppone un modello di Pubblico ministero "poliziotto-accusatore": anche se, almeno secondo alcuni, può sembrare ingenuo affermarlo, il precetto dell'art. 358 c.p.p. («Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini») costituisce parte integrante della configurazione del Pubblico ministero come parte pubblica distinta dalle parti private (non a caso il suo contenuto è richiamato anche nel codice etico dell'Anm) e come tale non si presta a preordinazioni delle indagini solo ad ipotesi accusatorie né ancor meno a divenire strumento per la bonifica morale della società, né, infine, a ricercare reati. Come è stato giustamente evidenziato, «siccome [...] il pubblico ministero, in quanto magistrato, deve essere tanto imparziale quanto lo è il giudice [...] notizia di reato significa notizia intorno a specifici comportamenti sufficientemente delimitati nel tempo e nello spazio, e non generica informazione che forse vi è stato un qualche reato» (G.U. RESCIGNO, 2008, 148).

Le evidenze di fenomeni poco commendevoli, emersi anche e soprattutto nel più recente periodo, richiama una riflessione urgente sulla sufficienza dei meccanismi sanzionatori e di controllo. Ma questa considerazione non può legittimare, come si dirà più oltre, né il superamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale né interpretazioni, pure autorevolmente sostenute (CARAVITA, 1999, 365 ss.), ma ormai smentite dalla giurisprudenza costituzionale (sent. 420/1995), secondo la quale, poiché la Costituzione nulla dice sul concetto di azione penale e nel codice di procedura penale l'obbligatorietà parte dal momento coincidente con la *facultas puniendi* dello Stato, non vi sarebbe l'obbligo di esaminare tutte le notizie di reato, venendo semmai in rilievo i principi di cui all'art. 97, comma 1, Cost. (ordd. 326/1999; 201/2001).

Correlata all'obbligatorietà dell'azione penale è la previsione contenuta nell'art. 109 Cost., ai sensi del quale «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria» (Corte cost., sent. 94/1963; 420/1995; 87, 88/2012; 1/2013).

1362

Si tratta di una previsione che ha conosciuto un'attuazione assai faticosa (per tutti, V. ZAGREBELSKY, 1992; D'ELIA, 2002) ma la cui rilevanza è attestata, da ultimo, dalla sent. 229/2018 nella quale la Corte costituzionale, in sede di risoluzione di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato promosso dal Procuratore di Bari, ha annullato l'art. 18, comma 5, del d.lgs. 177/2016, nella parte in cui prevedeva che «al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale». Ad avviso della Corte, «l'art. 109 Cost., prevedendo che l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria, ha il preciso e univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della seconda nei confronti della prima, escludendo interferenze di altri

poteri nella conduzione delle indagini, in modo che la direzione di queste ultime ne risulti effettivamente riservata all'autonoma iniziativa e determinazione dell'autorità giudiziaria medesima. / Tale rapporto di subordinazione funzionale, se non collide con l'organico rapporto di dipendenza burocratica e disciplinare della polizia giudiziaria nei confronti del potere esecutivo (secondo la logica della duplice soggezione, che lo stesso art. 109 Cost. delinea: sentenza n. 394 del 1998), non ammette invece che si sviluppino, foss'anche per legittime esigenze informative ed organizzative, forme di coordinamento investigativo alternative a quello condotto dal pubblico ministero competente», cui spetta «il potere di stabilire il *quando*, il *quomodo* e il *quantum* delle notizie riferibili». In tal modo, la Corte sembra avere posto, in ultima istanza, un argine ai tentativi di immaginare forme di interferenza dell'Esecutivo sulle attività di indagine: per questo si è parlato di una pronuncia nella quale la Corte «ristabilisce un principio cardine dello Stato costituzionale che, da sempre, il potere politico tenta di indebolire» (CARLASSARE, 2018, 2649).

La valorizzazione dei contenuti dell'art. 112 Cost. nella giurisprudenza costituzionale non significa però che dalla stessa possa evincersi una nozione, per così dire “onnicomprensiva”.

Così, in particolare, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che l'impugnazione delle sentenze da parte del Pubblico ministero non si fonda sull'art. 112 Cost. come sua proiezione necessaria. Il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero –afferma il giudice delle leggi nella sent. 34/2020– presenta margini di “cedevolezza” più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato. Pertanto, conclude la pronuncia in commento, «in un sistema ad azione penale obbligatoria, non può ritenersi, infatti, precluso al legislatore introdurre limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale intesi ad assicurare la ragionevole durata dei processi e l'efficienza del sistema punitivo. In quest'ottica, non può considerarsi irragionevole che, di fronte al soddisfacimento, comunque sia, della pretesa punitiva, lo Stato decida di rinunciare a un controllo di merito sul quantum della sanzione irrogata. / Che poi il “peso” della rinuncia venga a gravare solo sul pubblico ministero,

senza che sia prefigurata una contrapposta limitazione, di analogo spessore, dal lato dell'imputato, rientra nella logica della diversa quotazione costituzionale del potere di impugnazione delle due parti necessarie del processo penale: privo di autonoma copertura nell'art. 112 Cost. –e, dunque, più “malleabile”, in funzione della realizzazione di interessi contrapposti– quello della parte pubblica; intimamente collegato, invece, all'art. 24 Cost. –e, dunque, meno disponibile a interventi limitativi– quello dell'imputato».

Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato infondate le censure di costituzionalità relative all'art. 593, comma 1, c.p.p., come modificato dal d.lgs. 11/2018, il quale prevede che l'appello del Pubblico ministero contro le sentenze di condanna è ammesso solo quando queste «modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

1364

È interessante come la pronuncia in esame richiami, da un lato, l'art. 14, paragrafo 5, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che prevedono il diritto a far riesaminare la decisione da una giurisdizione superiore, o di seconda istanza, solo a favore della persona dichiarata colpevole o condannata per un reato, senza richiamarsi al pubblico ministero e, dall'altro, al fatto che la riforma del 2018 si atteggia anche come una sorta di “contrappeso” rispetto alla disciplina di altre fasi del procedimento, in cui «è il pubblico ministero a fruire di una posizione di indubbio vantaggio: come nella fase delle indagini preliminari, ove la ricchezza degli strumenti investigativi a disposizione dell'organo dell'accusa, anche sul piano del carattere “invasivo” e “coercitivo” di determinati atti di indagine, non trova un riscontro paragonabile dal lato della difesa».

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ravvisa l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 111, comma 2, Cost. (e quindi non dell'art. 112), di disposizioni legislative che escludano radicalmente la possibilità di impugnazione del Pubblico ministero di sentenze che lo vedano totalmente

soccombente (sent. 26/2007; cfr. anche sentt. 320/2007; 85/2008; 274/2009).

Tale giurisprudenza conferma una poliedricità del Pubblico Ministero, potendosi parlare di un Pubblico ministero nel processo (disciplinato in primo luogo dal codice di rito), di un Pubblico ministero nell'ufficio (disciplinato dalle norme dell'ordinamento giudiziario) di un Pubblico ministero nel sistema istituzionale generale (disciplinato dalle disposizioni costituzionali: SILVESTRI, 2006, 227).

Questa poliedricità è alla base di ricostruzioni diverse con riguardo all'applicabilità al Pubblico ministero di alcuni presidi costituzionali, a cominciare da quello della precostituzione del giudice (in senso contrario, Corte cost., sent. 70/1996) e della soggezione del giudice soltanto alla legge sul quale la Corte costituzionale ha un orientamento oscillante. Come è stato giustamente osservato (DAL CANTO, 2020, 199), si tratta di un problema delicato: «Poiché infatti l'art. 101, comma 2, Cost. [...] costituisce uno dei fondamenti dell'indipendenza sia esterna che interna dei singoli giudici, prospettare la sua riferibilità anche ai pubblici ministeri determina conseguenze dirette sull'organizzazione interna degli uffici requirenti, impedendo, in linea di principio, ogni forma di subordinazione dei pubblici ministeri nei confronti dei dirigenti degli uffici».

1365

La questione si connette a quella dell'indipendenza interna, oggetto di dispute accese a livello politico e di una serie di interventi legislativi, in particolare della discutibile riforma del 2005 (c.d. "riforma Castelli"), all'insegna della gerarchizzazione dell'ufficio del Pubblico ministero, con l'accentramento in capo al Procuratore della Repubblica dell'azione penale, con il rafforzamento dei legami gerarchici all'interno dell'ufficio e, infine, con il ridimensionamento del ruolo del C.S.M. nei procedimenti di definizione degli assetti organizzativi, che invece era stato in qualche misura valorizzato dal d.lgs. 51/1998.

Senza poter entrare in questa riforma, parzialmente superata dalle leggi Mastella (269/2006; 111/2007), è il caso di osservare che alcuni dei caratteri più dubbi sul piano della legittimità costituzionale sono stati attuati, o in alcuni aspetti superati, in forza di atti paranormativi del C.S.M.

i quali, in nome di un'interpretazione costituzionalmente orientata della legislazione, hanno finito per correggerne sostanzialmente alcuni contenuti, allo scopo di garantire l'autonomia e la professionalità dei singoli magistrati del Pubblico ministero (per tutti, DAL CANTO, 2020, 207 ss.; SALAZAR, 2010, 179 ss.).

Sul punto, pare difficilmente riconducibile al testo costituzionale un eventuale assetto fondato su una gerarchia forte; è invece sicuramente percorribile un modello che attribuisca al capo dell'ufficio poteri di coordinamento, che richiama «non la posizione del superiore gerarchico, ma del *primus inter pares*», posto che «il coordinamento, seppur presuppone una certa sovraordinazione, per ricondurre ad unità una struttura con mezzi non puramente consensuali, tende a garantire contemporaneamente l'autonomia dei soggetti coordinati e l'indirizzo unitario a fini comuni» (SILVESTRI, 2006, 235; RIGANO 2008, 208; diversamente si è parlato di un assetto a “gerarchia debole”).

1366

Se quindi è stato merito del C.S.M. arginare alcuni degli aspetti più discutibili della riforma del 2005, rimane però l'impressione preoccupante di una instabilità normativa che ha finito per determinare una almeno parziale abdicazione del legislatore, che pure dovrebbe porre le disposizioni attuative dell'art. 107, comma 4 e 108, comma 1, Cost.

Le considerazioni che precedono non ostano ovviamente alla valorizzazione di strumenti di coordinamento tra i diversi uffici del Pubblico ministero, in qualche modo prefigurati dall'art. 6 del d.lgs. 106/2006. In questo senso, la Procura generale presso la Corte di cassazione, in attuazione di tale disposizione, ha attivato recentemente forme di collaborazione con le Procure generali presso le Corti d'appello su aspetti di particolare rilevanza, «quali il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, il rispetto delle norme sul giusto processo, la puntualità nell'esercizio dei poteri di direzione, controllo e organizzazione da parte dei capi degli uffici requirenti, nonché, a seguito della legge n. 103 del 2017, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato». Pertanto, l'art. 6 in questione è stato ritenuto «uno strumento di fondamentale importanza per realizzare trasparenza e responsabilità (anche nel senso

di “render conto”) del sistema giustizia» e tale da legittimare la ricerca di strumenti atti ad affermare omogeneità di prassi tra gli organi requirenti (*Intervento del Procuratore generale della Corte suprema di Cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, Roma, 31 gennaio 2020, in *www.giustizia.it*, 74-75).

5. Le prospettive di riforma: in particolare, la proposta di legge costituzionale promossa dall'Unione delle Camere penali

Come accennato, da circa un trentennio il modello italiano di ordinamento giudiziario, con specifico riferimento allo statuto costituzionale del pubblico ministero è oggetto di dibattito e di polemiche che riguardano principalmente due aspetti distinti ma connessi, ovvero la separazione delle carriere e l'obbligatorietà dell'azione penale. Si tratta di due aspetti dei quali la recente proposta di legge costituzionale A.C. n. 14 di iniziativa popolare, promossa dall'Unione delle Camere penali, propone alcune discusse linee di riforma (su tale proposta, da ultimo, GIOSTRA, 2020; VECCHIO 2021).

1367

Si tratta di un testo che, sebbene non sembra possa contare su sufficienti consensi in sede parlamentare (esso è attualmente all'esame della 1^a Commissione permanente della Camera, a seguito del rinvio deciso dal plenum nella seduta del 31 luglio 2020) presenta soluzioni discutibili, ancorché sostenute da alcune parti politiche almeno dalla metà degli anni novanta.

A) In premessa nel dibattito politico l'espressione “separazione delle carriere” si è caricata di una pluralità di significati che per alcuni attengono alla necessità di distinzione delle funzioni (senza un impatto sugli aspetti organizzativi), per altri a una distinzione delle carriere (con l'introduzione o l'inasprimento di limiti al passaggio da una funzione all'altra, come nella riforma Castelli del 2005), per altri ancora a una vera e propria separazione delle carriere (una *summa divisio*: Silvestri, 1997, 109) che presuppone quantomeno diversi canali di accesso e percorsi professionali differenziati (per tutti, SICARDI, 2010, 49 ss.; SALAZAR, 2010, 235 ss.; DAL CANTO, 2020, 202 ss.).

Così, ad esempio, fu qualificato come avente ad oggetto la “separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti” il referendum abrogativo promosso dal partito radicale su quattro disposizioni del r.d. 12/1941, aventi ad oggetto il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa (art. 190, comma 2), la disciplina dell’anzianità in caso di cambio di funzioni (art. 191), l’assegnazione delle sedi per tramutamento (art. 192), il ricollocamento dei magistrati già assegnati al Ministero della giustizia (art. 198, secondo periodo).

È da ricordare che la nota sent. 37/2000 della Corte costituzionale, con la quale fu ammesso il referendum, e da alcuni forse sopravvalutata nelle sue implicazioni, ha comunque precisato che «la Costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico “ordine”, soggetto ai poteri dell’unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni».

1368

Si tratta di una facoltà che il legislatore, con soluzioni anche discutibili, ha perseguito, anche se *de Consitutione condita*, è da condividere la tesi secondo la quale «non è ammissibile costituzionalmente una regola che stabilisca la definitiva impossibilità, o subito dopo la prima assegnazione, o nel corso della vita professionale di magistrato, di passare dalla funzione giudicante a quella requirente, o viceversa» (G.U. RESCIGNO, 2008, 170).

Da molti una separazione delle carriere in senso forte sarebbe giustificata dall’art. 111 Cost., come risultante dalla l. cost. 2/1999 che, come è noto, ha introdotto nella Carta fondamentale i principi del “giusto processo”. Ma a tale proposito si è obiettato che la posizione del Pubblico ministero, in quanto parte della magistratura, nel processo non può essere confusa né con quella del giudice né con quella delle altre parti, dovendo agire esclusivamente a tutela dell’interesse pubblico all’osservanza della legge, trattandosi di organo preposto alla difesa dell’ordinamento. Si è così distinto tra parte in senso sostanziale e parte in senso processuale, a

marcare la differenza del Pubblico ministero dalle altre parti del processo che agiscono per fini per così dire, propri; perché, come giustamente è stato affermato, dall'ordito costituzionale «*non esiste un interesse pubblico ad accusare*, ma solo alla giusta applicazione di sanzioni ai responsabili di violazioni della legge penale» (SILVESTRI, 1997, 108). E giustamente si è evidenziato come per questo i rapporti tra i soggetti del processo penale, anche a seguito della revisione dell'art. 111 Cost., non debbano essere concepiti in termini di meccanica simmetria, non essendovi «nulla di più fuorviante dell'immagine del processo come gioco sportivo» (Ferrua, 2012, 105), poiché giudici e pubblici ministeri sono e debbono essere legati da un fine di giustizia che sarebbe intollerabile imporre alla difesa.

Da parte sua la recente sent. 34/2020 della Corte costituzionale ha ribadito con chiarezza che «il processo penale è caratterizzato, infatti, da una asimmetria “strutturale” tra i due antagonisti principali»; infatti, le differenze che connotano le rispettive posizioni sono «correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici – essendo l'una un organo pubblico che agisce nell'esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi; l'altra un soggetto privato che difende i propri diritti fondamentali» (sent. 26/2007).

1369

Nello stesso senso, è da ricordare che un orientamento consolidato della Corte costituzionale esclude che il Pubblico ministero sia legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale, perché esso non rientrerebbe nella nozione di “giudice” e avrebbe una distinta fisionomia istituzionale, non potendo comunque adottare provvedimenti decisori propri. Né il Pubblico ministero può, come le parti del processo *a quo*, costituirsi dinanzi alla Corte, proprio per la peculiare configurazione dello stesso nel processo penale. Come è stato affermato, «il pubblico ministero risulta essere troppo vicino al giudice per essere considerato parte e troppo vicino alle parti per essere considerato giudice, con la conclusione che esso finisce appunto per essere “né carne, né pesce”» (ROMBOLI, 2006, 114).

Come è stato persuasivamente osservato, la definizione della figura del pubblico ministero dipende quindi in egual misura dalle norme costituzionali sulla sua attività e dalla sua distinzione dagli organi giudicanti,

che dalle norme sull'attività contenute nelle disposizioni del codice di rito e in leggi ordinarie (BARTOLE, 1997, 830-831).

In questo senso, debbono essere apprezzate con grande cautela alcune innovazioni introdotte nella proposta n. 14, a cominciare dalla previsione di un reclutamento separato per l'accesso alla magistratura giudicante e requirente, da due CSM separati che, tra l'altro, vedrebbero un considerevole e discutibile aumento dei componenti eletti dal Parlamento.

Per inciso, si tratta di una soluzione diversa da quella fatta propria dalla Commissione D'Alema del 1997 che invece proponeva l'istituzione di due sezioni all'interno di un unico CSM e devolveva la competenza in ordine alla responsabilità disciplinare a un nuovo organo comune per giudici e Pubblici ministeri. Eppure, anche su tale progetto non erano mancate le perplessità di chi aveva rinvenuto il rischio di un isolamento e, in definitiva, la autoreferenzialità di questi ultimi (ELIA, 1999, 466).

1370

In effetti, a tacer d'altro, tali innovazioni, sostenute da chi denuncia rischi di strapotere di Pubblico ministero, finirebbero per esaltarne la natura di «organo teleologicamente orientato al *risultato*, la condanna dell'imputato, il cui raggiungimento diventerebbe l'essenza della funzione»: così Silvestri (1997, 110), che in altro scritto è arrivato a sostenere: «Spero vivamente di non dover ricordare tra qualche anno agli entusiastici sostenitori di questa separazione che hanno volutamente rinunciato ad una parte delle loro garanzie, favorendo la formazione di una categoria di accusatori di professione, sempre più avulsi dalla giurisdizione in senso stretto e sempre più animati dall'ansia del risultato» (in GAMBINO 2004, 8).

Peraltro, una perplessità di fondo attiene al fatto che la separazione delle carriere si accompagnerebbe all'inserimento di alcune previsioni che finirebbero per limitare l'indipendenza dell'intera magistratura: 1) così, il novellato art. 104, comma 1, per cui l'ordine giudiziario «è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente ed è autonomo e indipendente da ogni potere», sul presupposto quindi che esso non sia di per sé un potere (si rinvia a quanto già detto); 2) la tassatività

delle competenze dei CSM (incrementabili solo con legge costituzionale), finalizzata ad arginare un vero o presunto attivismo dell'organo ma che finirebbe per condannare ad esempio le determinazioni sul sistema tabellare, attuative dell'art. 25, comma 1, Cost. (senza considerare poi che interventi attuativi del CSM sono previsti da specifiche disposizioni legislative); 3) l'abrogazione dell'art. 107, comma 3, Cost. che costituisce un presidio fondamentale non solo a tutela dei Pubblici ministeri (con le precisazioni già viste) ma dell'intera magistratura (si è parlato in questo senso, e non infondatamente di una disposizione espressiva di un principio supremo).

In definitiva, e per concludere, dal testo in esame non sembra affatto scongiurato il timore che un pubblico ministero indipendente, gerarchizzato (in forza dell'abrogazione dell'art. 107, comma 3) con la polizia ai suoi ordini «costituirebbe il potere dello Stato più forte che si sia mai avuto in alcun ordinamento costituzionale dell'epoca contemporanea (e infatti non lo si è mai avuto in alcun paese)» (PIZZORUSSO, 1999a, 149).

1371

E d'altra parte, immaginare, attraverso possibili (e da alcuni, auspicati) il collegamento dei Pubblici ministeri con organi politici deve fare in conti, oltre che su rischi sistemici di una tale riforma nel caso italiano, con l'assenza di una cultura politica che sola avrebbe potuto supportarla (PIZZORUSSO, 1999a, 147, nt. 35).

Anche sull'obbligatorietà dell'azione penale, la proposta di revisione costituzionale, ben al di là di quanto avviene nella prassi, prevede una revisione drastica dell'art. 112 Cost. Il nuovo testo prevederebbe infatti che «il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale» ma «nei casi e nei modi previsti dalla legge».

Tale previsione costituisce ben più della costituzionalizzazione di criteri di priorità affermatasi nella prassi e auspicati da una parte della dottrina (cfr. *infra*), in quanto la nuova formulazione potrebbe ben essere interpretata nel senso di rendere praticamente discrezionale l'esercizio dell'azione penale o quantomeno un'eccezione rispetto alla regola. In ogni caso, la nuova previsione costituzionale lascerebbe al legislatore ordinario

(e, per inciso, anche al Governo con decreto-legge?) una discrezionalità massima, tale da depotenziare radicalmente la capacità prescrittiva del dettato costituzionale. Sul punto, non si può non ricordare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella richiamata sent. 88/1991, ovvero che «il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo».

Se è lecita una provocazione, che però non pare del tutto priva di qualche pregio, la formulazione del novellato art. 112 Cost. risulterebbe lessicalmente simile all'art. 52, comma 2, Cost. («Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge») che non ha impedito, come è noto, una sospensione generalizzata e a tempo indeterminato della leva.

1372

Si tratterebbe in altre parole di rovesciamento della *ratio* del vigente art. 112 Cost., con tutte le conseguenze che si sono già dette: in effetti, anche ad ammettere che la fissazione di priorità non sia incompatibile con la disposizione costituzionale (Corso, 1997, 888), essa non può che essere inquadrata nel senso di precludere interferenze politiche sulle singole determinazioni del Pubblico ministero inerenti l'esercizio dell'azione penale. Occorre chiedersi se tale conclusione sarebbe sempre sostenibile nella vigenza della nuova formulazione della disposizione costituzionale.

A ciò si aggiunga che con tale generica formulazione sarebbe possibile la previsione di direttive teoricamente anche ministeriali, a tutto danno dell'indipendenza del Pubblico ministero che il testo di revisione costituzionale formalmente ripropone.

Al di là di questa proposta, però, da anni si discute nel nostro Paese dell'ammissibilità dell'introduzione di criteri prioritari, a fronte di una prassi che sembra già procedere su questa strada anche se in carenza di disposizioni legislative.

Anche se in linea di principio è vera la suggestione secondo la quale «un Paese serio e coerente con se stesso, dopo aver affermato che "l'azione penale è obbligatoria" dovrebbe porsi seriamente il problema di come si garantisce la effettività di questo principio fondamentale» (G.U.

RESCIGNO, 2008, 141), non appare convincente la tesi secondo la quale la fissazione di criteri collida di per sé con l'art. 112 Cost., la cui *ratio* sembra quella di impedire valutazioni discrezionali in ordine alla singola notizia di reato. E d'altra parte la tesi più rigorosa, che parte dal rischio che in tal modo il principio di cui all'art. 112 sia eluso nella sostanza, deve fare i conti con una prassi, come quella attuale, che appare ancor meno in linea con la *ratio* di tale disposizione costituzionale.

Semmai, sarebbe importante riflettere sulla finalità di tali criteri: come è stato evidenziato, «ben diverso [...] è che sia valorizzato il profilo organizzativo dell'ufficio o quello strumentale delle risorse, quello verticale (tra i diversi uffici del p.m.), quello disciplinare o altro ancora. Profilo che si connette, a sua volta, al possibile fondamento costituzionale e ai principi che potrebbero esserne, più o meno direttamente, coinvolti» (PANIZZA, 2010, 173-174).

Un recente disegno di legge governativo (c.d. "Bonafede", A.C. n. 2681) immagina che criteri di priorità siano definiti dalle Procure nel loro progetto organizzativo, adottato con una periodicità non inferiore ai quattro anni, sulla base di principi generali fissati dal CSM.

1373

Come è stato esattamente osservato, si tratta di una novità rilevante, stante il suo impatto sull'art. 112 Cost., ma non sconvolgente, in quanto eleverebbe ad obbligo una disciplina che una circolare del CSM del 16 novembre 2017 qualifica in termini di una mera facoltà per i titolari degli organi direttivi delle Procure (DAL CANTO, 2021, 175). E per inviso la circolare è stata valutata in termini ampiamente positivi nel Rapporto del Quarto Ciclo di Valutazione del Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) (rinvenibile in www.coe.int).

Si tratta di una soluzione da valutare in termini non negativi, tenendo conto della possibilità di una interpretazione "aperta" dell'art. 112 Cost. che coniughi i valori posti a base dell'obbligatorietà dell'azione penale con esigenze di economicità e trasparenza dell'amministrazione della giustizia (CHIAVARIO 1995, 135 ss.): in questo senso, la fissazione di priorità di carattere generale per la trattazione di notizie di reato, sulla base di un procedimento che chiami in causa il CSM appare una strada in

qualche misura praticabile, non esprimendo una discrezionalità (invece sicuramente vietata) che si traduca in valutazioni di opportunità in ordine a una singola notizia di reato (ZAGREBELSKY, 1992, 3186).

Previsioni analoghe sono contenute in un altro disegno di legge del Governo il n. 2435 che prevede un'ampia delega al Governo finalizzata a una (ennesima) riforma del codice di rito. Si tratta di un testo la cui rilevanza è attestata dal fatto che esso è richiamato anche nella bozza di Piano nazionale di ripresa e resilienza (A.S., n. XXVII, n. 18) ma la cui sorte appare quantomeno incerta, a seguito della crisi del Governo Conte II.

In esso (art. 3) si prevede che nella fase delle indagini preliminari nella trattazione degli affari penali da parte degli uffici del pubblico ministero si imponga la salvaguardia, tra gli altri, dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica. Pertanto, è imposta, quale dovere istituzionale del procuratore della Repubblica, la redazione di criteri di priorità per ciascun ufficio, previa interlocuzione con il Procuratore generale presso la Corte d'appello e con il Presidente del tribunale. I criteri, confluendo nei progetti organizzativi, dovranno tenere conto dei principi elaborati in materia dal Consiglio superiore della magistratura nonché delle specificità proprie delle realtà territoriali e delle risorse, personali e reali, disponibili (lettera *b*).

1374

Non è chiaro da queste disposizioni se possa dirsi scongiurato il rischio di una perseguibilità dei reati “a macchia di leopardo” che si rivelerebbe un esito palesemente incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

Si tratta di una previsione che fa seguito a iniziative assunte nella prassi da singoli uffici giudiziari, che però non è condivisa da quanti ritengono indispensabile che la fissazione delle priorità spetti agli organi politici, in quanto responsabili delle scelte di politica criminale (da ultimo, Rossi, 2021).

De iure condendo, proposte del genere dovrebbero fare i conti con rilevanti problemi attuativi che attengono sia alla dimensione istituzionale che al contesto politico in cui esse sarebbero destinate a inserirsi.

Escluso per ragioni intuitive che possa essere il Governo o il Ministro della giustizia a definire le priorità, si potrebbe pensare, soprattutto per ragioni legate in primo luogo alla sua legittimazione, al Parlamento (CATALANO, 2008, 96 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati).

Occorre però chiedersi con quale strumento dovrebbero essere fissate le priorità: esclusa la praticabilità di atti come mozioni, risoluzioni, ordini del giorno, per la loro inattitudine a vincolare l'Esecutivo, rimarrebbe la legge, che pare uno strumento praticabile «tenuto conto del fatto che al Parlamento compete, ai sensi dell'art. 25 Cost., il compito di effettuare le scelte generali in campo penale» (CATALANO, 2008, 99; sul punto, per tutti, CARAVITA, 1993, 158; MONACO, 2003, 265 ss.).

Tuttavia, in forza dell'art. 64, comma 3, Cost., una tale legge, presumibilmente periodica, dovrebbe essere approvata a maggioranza semplice (l'approvazione a maggioranza qualificata richiedendo una legge costituzionale) e perciò non si sottrarrebbe a rischi di scelte strumentali o fortemente discutibili. A ciò si aggiunga che sul piano dei contenuti, il procedimento di approvazione di una tale legge rischierebbe seriamente di subire fenomeni simili a quelli, certo poco commendevoli, cui assistiamo ogni anno al momento del varo della legge di bilancio, dal momento che, per così dire, se un reato è previsto dall'ordinamento, una buona ragione per sostenerne la priorità sicuramente non mancherebbe (così, con riferimento alla prassi dell'ordinamento francese, Bruti Liberati, 2020, 9-10). In questo caso, l'utilità di questa legge sarebbe limitata e la discrezionalità di fatto non si atteggierebbe in modo diverso da oggi.

1375

Vi è poi da chiedersi se il Governo potrebbe porre la questione di fiducia sull'approvazione di una tale legge, magari a seguito della presentazione di un maxi-emendamento.

Inoltre, poiché i procedimenti relativi ai reati non prioritari sarebbero destinati a finire nelle forche caudine della prescrizione, sorgerebbero problemi di coerenza con l'art. 79 Cost. che impone la maggioranza dei 2/3 dei componenti in entrambe le Camere in ogni articolo e nella votazione finale per l'approvazione delle leggi sulla concessione dell'amnistia e dell'indulto.

Non rimane allora che prendere atto della difficoltà di immaginare uno strumento come quello in esame. Da questo punto di vista, forse, sembrano preferibili soluzioni che valorizzino i profili di razionalizzazione della trattazione delle notizie di reato piuttosto che quelli di selezione delle stesse, in un'ottica per cui gli effetti dei criteri di scelta dovrebbero esaurirsi in «deviazioni, per quanto attiene ai tempi dell'agire del pubblico ministero, dal parametro della sopravvenienza delle notizie di reato» (VICOLI, 2003, 276), dovendosi impedire che l'individuazione di priorità comporti sempre la posticipazione dell'esame degli altri reati e dovendosi garantire quantomeno tecniche per scongiurare pericoli di reale compromissione nella formazione delle prove (Marzaduri, 2010, 144).

1376

Alla luce di queste difficoltà vi è da chiedersi se logicamente prima della tematica delle priorità non si debbano esplorare la via di interventi normativi che valorizzino strumenti di depenalizzazione ulteriori rispetto a quelli già varati e rafforzino, nel rispetto dei precetti costituzionali, cause di non punibilità peraltro da ancorare «ad interessi, scopi, obiettivi, ulteriori al mero obiettivo deflativo» (PALAZZO, 2019, 12), tenendo conto che quelle recentemente introdotte (non punibilità per speciale tenuità del fatto: art. 131-*bis* c.p.; estinzione del reato a seguito di sospensione del procedimento con messa alla prova: art. 168 bis c.p.), non pongono problemi di compatibilità con l'art. 112 Cost. Con riferimento alla particolare tenuità del fatto, si è sostenuto che «i criteri di valutazione della speciale tenuità sono analiticamente indicati dalla legge, ma soprattutto che si tratta di criteri tutti relativi alle caratteristiche del fatto criminoso e del suo autore: e dunque che niente hanno a che fare con ragioni di opportunità politica più o meno generale ma comunque esterni alla vicenda criminosa. E solo queste sono le valutazioni che l'art. 112 Cost. intende escludere dalle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale» (PALAZZO, 2019, 4-5).

6. Le proposte di riforma a livello legislativo

Come si è accennato, le possibilità di approvazione della proposta di legge 14 sono invero assai scarse.

Tuttavia, è da ritenere auspicabile che alcuni nodi irrisolti relativi all'Ufficio del Pubblico ministero siano affrontati e risolti, con soluzioni prudenti e pienamente rispettose del dettato costituzionale.

In primo luogo, le non commendevoli vicende che hanno visto impropriamente protagonisti anche componenti del CSM hanno fatto emergere la necessità di riconsiderare la disciplina del conferimento delle funzioni direttive, che il recente disegno di legge Bonafede affronta con l'attribuzione di un'ampia delega al Governo e una serie di complesse previsioni (sulla cui efficacia non è possibile in questa sede soffermarsi) tra le quali un generico ed ambiguo richiamo all'applicazione «dei principi e delle disposizioni» della l. 241/1990.

Nel complesso si tratta di un insieme di previsioni nel complesso ragionevoli, perché animate da una *ratio* di valorizzazione del principio di trasparenza (DAL CANTO, 2021, 169 ss.); esse mirano, almeno in parte, a legificare, per alcuni profili in termini più stringenti, indicazioni contenute in atti paranormativi del CSM e mirano ad arginare pratiche discutibili, che sono risultate dominanti nella prassi (così, le c.d. “nomine a pacchetto”, sulle quali, per tutti, SILVESTRI, 2020).

1377

Tale legificazione riguarda altresì, come accennato, l'organizzazione delle Procure, sulla quale il testo fa largamente proprie soluzioni contenute in una circolare del CSM del 2017 (DAL CANTO, 2021, 174).

Un secondo punto attiene al passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa. Si tratta di un punto che interseca il tema più generale della separazione/distinzione delle carriere: in concreto, si prevede la riduzione quattro a due del numero massimo di passaggi dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti (e viceversa) effettuabili nel corso della carriera (art. 10). Si tratta di una soluzione in qualche modo intermedia tra quella fatta propria dalla l. 150/2005 e quella desumibile dalla l. 111/2007, i cui effetti, come è stato notato, «non sono facilmente prevedibili, ancorché si debba tenere conto che il fenomeno dei passaggi di funzione registra oggi numeri piuttosto limitati» (DAL CANTO, 2021, 167-168).

Un secondo ambito di riforma riguarda modifiche al codice di rito, allo scopo di correggere alcuni istituti o alcune prassi che evidenziano uno squilibrio tra accusa e difesa soprattutto nella fase delle indagini preliminari (da ultimo, PALMA, 2021).

Si tratta di un aspetto importante nella misura in cui proposte come la separazione delle carriere e il ripensamento del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale sembrano motivate anche dagli squilibri tra accusa e difesa nel processo.

Sul punto il già richiamato disegno di legge recante «delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello» (A.C. 2435). In esso, oltre alla definizione dei criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale, è modificata la disciplina dei termini massimi di durata delle indagini preliminari, con un abbreviamento di quelli relativi ai reati meno gravi. Si prevede inoltre una procedura di deposito degli atti di indagine, nel caso in cui il pubblico ministero non abbia notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari o non abbia avanzato richiesta di archiviazione entro stringenti termini decorrenti dalla scadenza della durata massima delle indagini preliminari (lett. e). Tale previsione, come si legge nella relazione al disegno di legge, consente agli interessati di prendere visione degli atti dell'indagine preliminare dopo la scadenza dei relativi termini, anche prima che il pubblico ministero abbia assunto le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale. Si impone quindi al pubblico ministero di mettere a disposizione gli atti, a meno che non sia stato notificato l'avviso della conclusione delle indagini previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p. ovvero non sia stata richiesta l'archiviazione. Si rimedia in tal modo a eventuali ritardi o stasi nelle indagini: assicurando l'effettiva conoscenza di tutti gli atti alle persone interessate, queste saranno in grado di attivarsi per eventuali indagini difensive e per sollecitare iniziative nel loro interesse (archiviazione o esercizio dell'azione penale). È infine introdotta la responsabilità disciplinare del pubblico ministero che per negligenza inescusabile violi le prescrizioni di cui alla lettera e) o, dopo la notificazione dell'avviso di deposito, ometta

di formulare la richiesta di archiviazione o di esercitare l'azione penale entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della richiesta del difensore della persona sottoposta alle indagini o della parte offesa, fatte salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato (lett. *f* e *g*).

Ciò detto, accanto a riforme progettate vi è poi un contesto politico e mediatico che finisce, anche al di là delle intenzioni, per sovraesporre il pubblico ministero: si pensi al c.d. processo mediatico (per tutti, GIOSTRA, 2017) che finisce per assecondare una sorta di ferocia punitiva amplificata dai media o addirittura da esponenti politici (che in non pochi casi si spingono a chiedere pene severe o esemplari a ridosso del compimento di fatti di reato particolarmente eclatanti).

Si pensi ancora alla recente tendenza a riforme o a tentativi di riforma nel settore penale e processualpenalistico ispirate a populismo e demagogia: un legiferare “a furor di popolo”, incompatibile con i tratti caratterizzanti dello Stato costituzionale, che vede l'espansione della punibilità con nuove fattispecie penali assai poco connotate dal principio di tassatività-determinatezza, l'inasprimento delle pene edittali, l'espansione di automatismi legislativi sanzionatori: tutti aspetti che non a caso nel più recente periodo hanno costretto la Corte costituzionale a intervenire ripetutamente (sul punto, in particolare, AMODIO, 2019).

1379

A tutto ciò si aggiunga il caos normativo che rende l'ardua l'amministrazione stessa della giustizia, con ripercussioni che non possono non riguardare anche l'obbligatorietà dell'azione penale: a questo, non pare esserci una volontà politica di porre rimedio, salvo riforme manifesto prive di ogni reale incidenza (si pensi alla recente introduzione ad opera del d.lgs. 21/2018 dell'art. 3-*bis* cod. pen. relativo alla “riserva di codice” introdotta senza una revisione costituzionale che sola potrebbe renderla effettiva).



Bibliografia

1. ALLEGRETTI, U. (1989), *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, Il Mulino.
2. AMATO, G. (1967), *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè.
3. AMODIO, E. (2019), *A furor di popolo. La giustizia vendicativa giallo-verde*, Roma, Donzelli.
4. Associazione italiana dei costituzionalisti (1999), *La riforma costituzionale*. Atti del Convegno, Roma, 6-7 Novembre 1998, Padova, Cedam.
5. Associazione italiana dei costituzionalisti (2008), *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, Cedam.
6. Associazione italiana dei costituzionalisti (2010), *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Napoli, Jovene.
7. Associazione tra gli studiosi del processo penale (2006), *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè.
8. BARBERA, A. (2015), *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 263 ss.
9. BARILE, P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino.
10. BARTOLE, S. (1989), *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Treccani.
11. BARTOLE, S. (1997), *La revisione della Costituzione: riflessioni in tema di magistratura*, in *Diritto pubblico*, 823 ss.
12. BRUTI LIBERATI, E. (2020), *Lo statuto del Pubblico ministero nel progetto di legge costituzionale n. 14. Non solo separazione delle carriere*, in *Sistema penale*, 9 marzo.
13. CALAMANDREI, P. (1949), *L'elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier.
14. CARAVITA, B. (1993), *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli.
15. CARAVITA, B. (1999), *Giustizia e riforme costituzionali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La riforma costituzionale*. Atti del Convegno, Roma, 6-7 Novembre 1998, Padova, Cedam, 365 ss.

16. CARAVITA, B. (a cura di) (1994), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza.
17. CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, M.C., TARLI BARBIERI, G. (a cura di) (2015), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
18. CARLASSARE, L. (2018), *L'esercizio indipendente della giurisdizione nello Stato costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2649 ss.
19. CATALANO, S. (2008), *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *Quaderni costituzionali*, 65 ss.
20. CHIAVARIO, M. (1982), *Processo e garanzie della persona. I. Profili istituzionali di diritto processuale*, Milano, Giuffrè.
21. CHIAVARIO, M. (1995), *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995.
22. CHIAVARIO, M. (2006), *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 11 ss.
23. CONSO, G. (a cura di) (1979), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli.
24. CORSO, G. (1997), *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 885 ss.
25. DAL CANTO, F. (2020), *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli.
26. D'ELIA, G. (2002), *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, Giuffrè.
27. DI GIOVINE, A. (2010), *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in Sicardi, S. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 31 ss.
28. DOGLIANI, M. (1997), *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in Lanfranchi, L. (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 51 ss.
29. ELIA, L. (1999), *Intervento*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La riforma costituzionale*. Atti del Convegno, Roma, 6-7 Novembre 1998, Padova, Cedam, 463 ss.
30. FERRAJOLI, L. (2016), *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4.

31. FERRUA, P. (2012), *Il 'giusto processo'*, Bologna, Zanichelli.
32. FIORAVANTI, M. (2016), *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 7 ss.
33. GAMBINO, S. (a cura di) (2004), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè.
34. GIOSTRA, G. (2017), *Processo mediatico*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali X, Milano, Giuffrè, 646 ss.
35. GIOSTRA, G. (2020), *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, Laterza.
36. LANFRANCHI, L. (a cura di) (1997), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana.
37. MANETTI, M. (2008), *Funzioni e statuto del pubblico ministero*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, Cedam, 175 ss.
38. MARANINI, G. (1983), *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Nuova Guarnaldi.
39. MARZADURI, E. (2010), *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Napoli, Jovene, 121 ss.
40. MONACO, G. (2003), *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè.
41. MORTATI, C. (1976), *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam.
42. NEPPI MODONA, G. (1997), *La magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, tomo 2, Torino, Einaudi, 83 ss.
43. NOBILI, M. (1979), *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in Conso, G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 89 ss.
44. ONIDA, V. (1994), *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in Caravita, B. (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 17 ss.
45. PALAZZO, F. (2019), *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistemapenale.it*, 19 dicembre.

46. PALMA, A.U. (2021), *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *Indice penale*, n. 1.
47. PANIZZA, S. (2010), *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Napoli, Jovene, 147 ss.
48. PANIZZA, S., Pizzorusso, A., Romboli, R. (a cura di) (2002), *Ordinamento giudiziario e forense*. I. *Antologia di scritti*, Pisa, Pisa University Press.
49. PITRUZZELLA, G. (1996), *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, Laterza.
50. PIZZORUSSO, A. (1979), *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in Conso, G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 30 ss.
51. PIZZORUSSO, A. (1990), *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi.
52. PIZZORUSSO, A. (1999a), *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, Laterza.
53. PIZZORUSSO, A. (1999b), *Les fondaments constitutionnels de l'“autogouvernement” de la magistrature*, in *Les Conseils supérieurs de la magistrature in Europe*, Paris, 235 ss.
54. RESCIGNO, G.U. (2008), *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, Cedam, 129 ss.
55. RIGANO, F. (2008), *Il Pubblico ministero e la funzione di giustizia: appunti sulla relazione di Giuseppe Ugo Rescigno*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, Cedam, 199 ss.
56. ROMBOLI, R. (2000), *Giudice naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. II, Milano, Giuffrè, 365 ss.
57. ROMBOLI, R. (2002), *La garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in Panizza, S., Pizzorusso, A., Romboli, R. (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense*. I. *Antologia di scritti*, Pisa, Pisa University Press, 141 ss.
58. ROMBOLI, R. (2002), *Il Pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in Panizza, S., Pizzorusso, A., Romboli, R. (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense*. I. *Antologia di scritti*, Pisa, Pisa University Press, 307 ss.

59. RORDORF, R. (2018), *Editoriale*, in *Questione giustizia*, n. 1, 3 ss.
60. ROSSI, N. (2021), *Pubblico ministero e democrazia* (in corso di pubblicazione).
61. SALAZAR, C. (2010), *L'organizzazione interna delle Procure e la separazione delle carriere*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Napoli, Jovene, 179 ss.
62. SCARPARONE, M. (1988), *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1094 ss.
63. SCARSELLI, G. (2004), *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè.
64. SICARDI, S. (2010), *Ordine giudiziario e separazione delle carriere: pareggiamento o differenziazione delle garanzie di indipendenza?*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009, Napoli, Jovene, 49 ss.
65. SICARDI, S. (a cura di) (2010), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
66. SILVESTRI, G. (1997), *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli.
67. SILVESTRI, G. (2004), *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in Gambino, S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 3 ss.
68. SILVESTRI, G. (2006), *L'organizzazione del Pubblico ministero: rapporti nell'ufficio e tra gli uffici*, in Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 215 ss.
69. SILVESTRI, G. (2020), *Notte e nebbia sulla magistratura italiana*, in *Questione giustizia*, 12 giugno.
70. TONINI, P. (2020), *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
71. VECCHIO, F. (2021), *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 65 ss.
72. VICOLI, D. (2003), *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 251 ss.
73. VIOLANTE, L. (2009), *Magistrati*, Torino, Einaudi.

- 74. ZANON, N. (2008), *La responsabilità dei giudici*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. Atti del XIX Convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, Cedam, 217 ss.
- 75. ZANON, N., Biondi, F. (2019), *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli.
- 76. ZAGREBELSKY, V. (1992), *Articolo 109*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 32 ss.
- 77. ZAGREBELSKY, V. (1992), *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cassazione penale*, 1992, I, 3183 ss.
- 78. ZANON, N. (1996), *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam.

V

**JUECES, INDEPENDENCIA
JUDICIAL Y LA FUNCIÓN
INTERPRETATIVA
EN LA CONSTRUCCIÓN
DE LOS DERECHOS**

Una reflexión sobre la impartición de justicia en los regímenes constitucionales de nuestros días; sus líneas de evolución

✍ LUIS AGUIAR DE LUQUE*

1. El juez monje característico del primer constitucionalismo

En la clásica división de funciones y poderes acuñada en su día por MONTESQUIEU (*Espíritu de las leyes*. Capt. VI. Libro XI¹), modelo que tanta influencia ha tenido en la configuración del constitucionalismo moderno, el Poder Judicial era el tercero de los poderes del Estado, poder al que dicho autor por un lado encomendaba “*juzgar las diferencias entre particulares*”, lo que se correspondería con lo que hoy se conoce como jurisdicción civil y, por otro, “*castigar los delitos*”, esto es, encarnar la potestad punitiva del Estado y a la que hoy denominaríamos jurisdicción penal, labores que los jueces desempeñaban cotidianamente mediante la aplicación de las leyes y restantes normas jurídicas vigentes a los casos controvertidos que los ciudadanos sometían a su consideración.

1389

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

1 Como es sobradamente conocido, la habitualmente denominada división de poderes de Montesquieu tiene como punto de partida el análisis de cuáles son las funciones básicas, esenciales que deben satisfacerse por toda organización política a las que denomina “*puissances*”. Son éstas “*la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil*”.

Y constatado que el poder tiene una tendencia natural a ejercerse de un modo y con unos contenidos abusivos (“*Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*”), en un segundo momento lógico el ilustre bórdeles propone que tales funciones/potestades (“*puissances*”) se ejerzan por poderes (“*pouvoirs*”) diferenciados.

Sin embargo, esa aplicación de la ley como cauce a través del cual Jueces y Magistrados resolvían los conflictos que se les plateaban, que es lo que ha venido constituyendo el núcleo esencial de la función jurisdiccional, durante un largo periodo de más de 200 años, ha venido básicamente descansando en la práctica en un entendimiento un tanto mecánico y simplista de lo que sea la interpretación y aplicación de las leyes. En efecto, en última instancia la impartición de justicia desde un punto de vista lógico consistía –y ha venido consistiendo en un amplio periodo de más de dos siglos– en desarrollar un mero silogismo en el que la premisa mayor era el enunciado de carácter general contenido en la norma jurídica aplicable al caso, la premisa menor descansaba en un análisis de los hechos que habían generado el conflicto y la conclusión, que materializaba el fallo del proceso, era el resultado de aplicar el supuesto general contemplado en la norma a los hechos concretamente acaecidos.

1390

Lo cual a su vez –dicho a modo de complemento– solo era posible gracias al paralelo simplismo que caracterizaba a los ordenamientos jurídicos de dicha época en los que predominaba el derecho consuetudinario, sin perjuicio de que tímidamente comenzara a aparecer un incipiente derecho escrito que terminaría ocupando el segmento central de los sistemas normativos modernos.

Proyectado tal orden de ideas sobre el naciente constitucionalismo que se desarrolla en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX a resultas de la culminación de las grandes revoluciones liberales, el modelo de separación de poderes que allí predomina contempla un Poder Judicial carente de relevancia tanto para la configuración del orden político, como para contribuir a la conformación del orden social. Por lo demás, nada ajeno a las previsiones apuntadas por el ilustre Señor de la Brède y Barón de Montesquieu en su antes citado *Espíritu de las leyes*. Baste a estos efectos recordar las afirmaciones literalmente vertidas por tan insigne autor en el Capítulo VI del Libro XI de la citada obra, cuando describe el papel encomendado al Poder Judicial en contraste con el que se otorga a los restantes poderes del Estado.

Así, en tanto que al Poder Legislativo se le atribuye “*promulgar las leyes para cierto tiempo o para siempre y enmendar o derogar las ya existentes*” (lo que evidentemente tiene un componente creativo, innovador y configurador del ordenamiento con inmediata proyección en la vida social) y al Poder Ejecutivo se le encomiendan cuestiones tan relevantes para la estructuración de la realidad social como “*disponer de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones*”, a los jueces se les define como “*seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*”, lo que llevará a Montesquieu a proclamar un par de páginas más tarde su conocida frase de que “*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*”.

Califico a este primer estereotipo de la organización judicial con la expresión de “juez monje”, porque los encargados de ejercer la función jurisdiccional tienen como principal rasgo y cualidad para el ejercicio de la misma, el completo aislamiento de la sociedad civil en la que habitan, elevándose la independencia judicial como exigencia por excelencia para un correcto desempeño de su labor, debiendo así ser ajenos en su vida y en el desempeño de su labor a cualquier tipo de circunstancias que pudieran de algún modo condicionar su labor. Formalmente al menos, “la independencia” es la cualidad por excelencia que debe ostentar el encargado de impartir justicia, debiendo éste ser ajeno a todo tipo de consideraciones ideológicas o sociales y, por supuesto, ignorando por completo las consecuencias de orden individual o social que pudieran derivarse de sus decisiones.

1391

A tenor de ello –y retomo de nuevo la plasmación de tales ideas en los primeros años del régimen constitucional– el modelo de Poder Judicial que se impone en el constitucionalismo liberal clásico (que se prolongará casi hasta la segunda mitad del siglo XIX) es un Poder Judicial meramente pasivo, reflejo, carente de todo protagonismo en la dirección política del Estado e irrelevante en la configuración del orden social concreto, lo que plásticamente se traducirá con carácter frecuente en una parca regulación constitucional en el constitucionalismo de la época (la excepción a ello es la Constitución española de 1812 y, con frecuencia, con un escaso tratamiento en la incipiente doctrina constitucional).

En Francia, por ejemplo –probablemente el país en el que en este tema tal orden de ideas haya tenido una mayor influencia– el desinterés por el Poder Judicial en los textos constitucionales se ha venido explicando por el recelo que tradicionalmente ha existido hacia el Poder Judicial. Primero frente a los Parlamentos judiciales y a “*la noblesse de robe*” en la etapa final del Antiguo Régimen como consecuencia de la prolongada e intensa connivencia de éstos con la Corte. Recelo, por otra parte, que estallará de forma virulenta y explícita en el periodo revolucionario de finales del siglo XVIII, pero que proyecta incluso su influencia en los textos constitucionales posteriores, prácticamente hasta nuestros días. Probablemente ha sido el maestro A. Pizzorusso uno de los autores que mejor ha sabido explicar dicha connivencia entre el Poder Judicial y el “establishment”, y su subsiguiente proyección en el constitucionalismo francés. Concretamente en su trabajo *Sistema giuridici comparati* A. Pizzorusso explica: “Fundamental para el análisis del papel constitucional de la magistratura en los países de ‘*civil law*’ son las vicisitudes constitucionales vividas en Francia desde finales del siglo XVIII y los inicios del siglo XIX. Como en todos los países gobernados según los cánones del Estado absoluto, también la monarquía francesa, aun permaneciendo titular de las funciones jurisdiccionales, había delegado el ejercicio de éstas en unos órganos generalmente compuestos por juristas, que actuaban de modo relativamente independiente aplicando los actos normativos emanados del soberano, así como las reglas de la tradición romanista y las costumbres medievales, así como el derecho natural. Los órganos de este tipo, que en Francia recibieron el nombre de ‘*Parlaments*’, fueron también asumiendo poderes normativos mediante la creación de los denominados ‘*arrets de reglement*’, con las que enunciaban normas generales y abstractas a las que se atenderían en el futuro las decisiones suscitada por una controversia concreta. En el curso del siglo XVIII esta actividad político institucional de los Parlamentos franceses se desarrolló en sentido contrario al movimiento reformador inspirado en las ideas de la Ilustración a la par que ejercían una notable influencia sobre las decisiones de la Corte, lo que explica el surgimiento de una desconfianza y hostilidad manifiesta hacia los jueces en los entornos de la Revolución del 89, desconfianza y hostilidad

que se transmitió a otros ámbitos y que en cierta medida perdura hasta nuestros días”².

La consecuencia o manifestación más inmediata de este recelo, desinterés o rechazo del constitucionalismo francés a abordar la configuración del Poder Judicial como una estructura constitucional específica, es la sistemática ausencia, hasta hoy, de la expresión “Poder Judicial” en las sucesivas Constituciones que han regido en Francia en los últimos 200 años. Ausencia que a mayor abundamiento tiene a su vez correlato en la doctrina constitucional académica de dicho país. Es anecdótico, pero significativo, que en la vigente Constitución francesa de 1958 (revisada en 2008) no hay una sola mención al “Poder Judicial” en cuanto tal o a los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia; tan solo el Título VIII se dedica a la “Autoridad judicial”, pero entendiendo por tal el Consejo Superior de la Magistratura. Y en consonancia con ello, en Francia en la casi totalidad de los actuales manuales universitarios al uso en la disciplina de derecho constitucional (así, entre otros, B. CHANTEBOUT, J. GICQUEL, P. PACTET, D. TURPIN, M. VERPEAUX o L. FAVOREU³), prácticamente ninguno dedica más allá de 2/3 páginas a la explicación del Poder Judicial.

1393

Un Poder Judicial, por lo demás, que en los sistemas jurídicos de Europa continental adscritos a lo que habitualmente se conoce como ordenamientos de *civil law*, es detentado por un estamento judicial profesionalizado y burocratizado (en cuanto que la organización judicial se estructura a modo de pirámide en la que se ingresa por los niveles inferiores

2 A. PIZZORUSSO *Sistema giuridici comparati*. Giuffrè Editore. Milano. 1995. Pág. 209 (Traducción LA).

3 Particularmente significativo es el caso de L. Favoreu, probablemente el constitucionalista más relevante que ha tenido Francia en la segunda mitad del siglo XX, con planteamientos académicos muy cercanos y similares a los de los principales maestros tanto del ámbito académico italiano (en particular A. Pizzorusso), como español (F. Rubio Llorente), pero que en el manual escolar elaborado junto con varios de sus discípulos y que consta de 954 páginas, tan solo dedica 12 páginas a “L’ancrage constitutionnel des institutions juridictionnelles”. L. FAVOREU et alii. *Droit constitutionnel*. Dalloz. 2000.

y se progresa profesionalmente mediante mecanismos de promoción interna), donde el valor estructural más apreciado tanto del sistema judicial en su conjunto, como más aun del Juez individualmente considerado, es la independencia (y complementariamente la imparcialidad) a fin de que sus labores tanto de a) resolución de los conflictos privados surgidos entre los ciudadanos en el ejercicio de sus respectivos derechos, como de b) materialización del poder punitivo del Estado castigando los delitos e imponiendo las penas previstas para éstos, se lleve a cabo con exclusiva y estricta sumisión a la ley. Porque esa es la razón de ser de la independencia judicial, garantizar que en el proceso de mediación entre la norma jurídica (por su propia naturaleza “general”) y la aplicación de ésta a unos hechos, no se interfiera ningún elemento extraño.

1394

El hecho de que la mayor novedad que el derecho constitucional positivo del siglo XIX incorpora al estatuto jurídico constitucional del Poder Judicial sea la noción de inamovilidad del juez como garantía por excelencia para asegurar la independencia judicial, es una buena prueba de lo que se acaba de exponer.

Puestos a buscar un exponente de esta realidad que se acaba de describir, creo que el Juez Surra, protagonista de ficción de una novela corta de tal título escrita por Andrea Camilleri⁴, puede servir de modelo.

El autor sitúa su historia en la Sicilia del último tercio del siglo XIX recién estrenada la unidad italiana. Su protagonista, el Juez Surra (obviamente personaje de ficción), es un juez venido del norte, de la Italia rica, para presidir el órgano judicial más relevante de la isla pero absoluto desconocedor de la singular realidad social de Sicilia, una sociedad predominantemente rural, regida por valores tradicionales y caracterizada sobre todo por la existencia de una tupida trama de favores y lealtades, dirigida en la sombra por los miembros de la Cosa Nostra, cuyas conductas no siempre se caracterizan por moverse dentro de los márgenes que la ley permite.

4 A. CAMILLERI, G. DE CATALDO Y C. LUCARELLI. *Giudici*, Einaudi, 2011.

El Juez Surra vive solo (su familia ha quedado en el norte), apenas conoce el dialecto que se habla en la región con la consecuencia de que no se entera de lo que le dicen, ni de lo que en su entorno se dice de él, es ingenuo e ignora por completo los peligros que cotidianamente le acechan. Pero es precisamente este aislamiento del entorno social en el que vive lo que convierte al Juez Surra en el mejor aplicador de la ley, el juez más justo que Sicilia haya conocido, lo que le permitirá salir triunfante de su combate contra las extorsiones que hasta entonces habían sido pacíficamente admitidas por quienes habían venido impartiendo justicia en la región, logrando finalmente que en la vida de la ciudad (se supone que Palermo) impere la primacía de la ley como regla por excelencia de convivencia.

En todo caso, más allá de la ficción y sus héroes, por lo que se refiere a la imagen del estamento judicial, no es ésta muy distinta de la que ofrecen por ejemplo los grabados y primeras fotografías de la España rural decimonónica en la que el Juez del lugar aparece habitualmente formando parte de escenas en el casino de la localidad disfrutando de una partida de cartas junto al párroco, el médico y... el sargento de la Guardia Civil, como expresión de las fuerzas vivas de la localidad, sin ningún representante de la realidad social que pudiera perturbar la independencia del Juez.

1395

De lo dicho hasta aquí, no obstante, hay que excepcionar la evolución que la impartición de Justicia en el mundo anglosajón que discurrirá por cauces sensiblemente diferentes.

En Gran Bretaña, como máximo exponente de los países de *common law*, tradicionalmente se ha encomendado al estamento judicial un mayor protagonismo en la configuración del ordenamiento, mediante lo que se conoce como la creación judicial del Derecho a través de la fuerza jurídica del precedente. Y probablemente por ello, un mayor enraizamiento de sus miembros con la realidad social del lugar donde ejercen la función jurisdiccional, dará lugar a lo que Carlo Guarneri –atendiendo a los criterios de selección del estamento judicial en Gran Bretaña– ha denominado “modelo profesional de Magistratura” en contraposición al

modelo de “Juez de carrera” propio de los sistemas de *civil law* y más atrás descrito⁵.

Y todavía más aun en EE.UU. donde, además de existir –como es sabido– una fuerte tradición de nombramiento de amplios sectores del estamento judicial por vía de sufragio popular (que todavía pervive en algunos sectores⁶), así como la importancia del Tribunal Supremo desde los primeros momentos de vigencia del texto constitucional, al asumir éste el control de constitucionalidad de las leyes, provocará desde antiguo un mayor interés del constitucionalismo por el Poder Judicial tanto en el terreno social y político, como en el terreno doctrinal.

Pues bien, éstos son los dos grandes paradigmas de juez que ofrece el primer constitucionalismo liberal: el modelo de Juez de carrera, funcionarizado, burocratizado y aislado de su entorno social, característico de los países de *civil law*; y el Juez profesional, con un mayor grado de enraizamiento en su entorno más propio de los sistemas jurídicos anglosajones inspirados en el *common law*; si bien uno y otro (aunque con más intensidad y énfasis en el primero) sitúan en “la más rigurosa independencia” su principio estructural más definitorio. Estereotipos, por lo demás, no carentes de valores muy estimables: vocación y entrega al servicio público en general y a la justicia en particular, independencia y moderada imparcialidad en la impartición de esta última, sumisión exclusiva a la ley tanto en su actividad profesional como en su vida personal, etc. Y modelos –en particular el primero de los descritos al que en alguna ocasión he calificado como el modelo de “Juez monje”– que sitúan como principio estructural vertebrador de todo Poder Judicial y de toda actividad jurisdiccional la idea de “independencia” del Juez para que en su labor de mediación entre norma y aplicación de ésta solo impere su exclusiva vinculación a la ley, es irreprochable.

5 C. GUARNERI y P. PEDERZOLI. *Los jueces y la política*. Taurus. Madrid. 1999.

6 Sobre el acceso a la carrera judicial en EE.UU. véase en castellano el libro de R. SERRA CRISTOBAL. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters-Civitas, Madrid. 2011.

Pero también parece conveniente advertir acerca de las distorsiones que puede provocar este modelo de Poder Judicial exclusivamente legitimado por un exacerbado entendimiento del modelo que he denominado como “Juez monje”, que termina por transformar la independencia judicial en aislamiento casi físico del Juez, tanto en lo que se refiere a la realidad social en la que vive, como respecto a los problemas que acosan a los ciudadanos que juzga y al marco social y político en que éstos desenvuelven su vida cotidiana. Entre otras razones porque a) ni la percepción social y política dominante en la actualidad acerca del papel y función que deben desempeñar los poderes públicos en unos sistemas estatales fuertemente impregnados por el principio de estatalidad social, encaja bien con ese entendimiento decimonónico del Poder Judicial que predominantemente responde a las exigencias del liberalismo tradicional del Estado mínimo, en lugar de b) ni la textura y características formales y materiales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos son compatibles con ese modelo de “Juez monje” en el que el principio de exclusiva sumisión del Juez al Derecho se traduce en una mera aplicación silogística y cuasi mecánica de la legalidad vigente a partir de un entendimiento en exceso simplista de lo que sea la interpretación de las leyes.

1397

Permítaseme que, para mostrar plásticamente las disfunciones y desvaríos que puede provocar una exacerbada concepción de “la independencia judicial” entendida como un total aislamiento (casi físico) del Juez respecto a su entorno social, acuda de nuevo a una ficción de carácter estrictamente literario.

Me refiero a un breve ensayo de Giovanni Papini, ensayista italiano de culto en los años 50 del pasado siglo XX y que en una recopilación de breves cuentos titulada “*El libro negro*” muestra las ventajas de un imaginario ingenio cibernético que en un futuro (quizás hoy no tan lejano) podría encargarse de la impartición de justicia en un informatizado Estado de Derecho, una máquina u ordenador al que el autor denomina “Tribunal electrónico” que no precisa para nada de la intervención humana para desarrollar su labor, corriendo ésta a cargo de un artilugio “*de siete metros [de ancho], que [a modo de altar] se alza en la pared de fondo del aula mayor del tribunal*”.

El autor, tras describir con detenimiento el funcionamiento de la máquina, explica como culmina ésta su labor: *“tras haberle facilitado los elementos fácticos del caso, un distribuidor automático vomitó un cartoncito en el que estaba recogida la sentencia: veintitrés años de trabajos forzados para el joven asesino. El inspector de policía recogió este cartoncito y condujo fuera al condenado”*. Y, con ironía, concluye el autor —a modo de confesión— ofreciendo la sensación que le produce este nuevo modo de impartir justicia: *“He sido siempre favorecedor de los prodigiosos inventos humanos debidos a la ciencia moderna, pero aquella horrible aplicación de la cibernética me confundió y perturbó profundamente. Ver a aquellas criaturas humanas, quizá más infelices que culpables, juzgadas y condenadas por una lúcida y gélida máquina, era cosa que suscitaba en mí una protesta sorda, tal vez primitiva e instintiva, pero a la que no lograba acallar... Aunque he de reconocer que el tribunal electrónico tiene, sin duda, un mérito: el de ser más rápido que cualquier tribunal constituido por jueces de carne humana”*.

1398

Parece innecesario detenerse en desarrollar las razones por las que ese modelo de justicia cibernética, pese a que resume asepsia e imparcialidad en la aplicación de las leyes, tampoco es el adecuado para impartir justicia en los regímenes constitucionales de nuestros días, aunque solo fuera por la incapacidad de dar respuesta los complejos conflictos que los jueces son llamados a resolver en la las actuales inicios de siglo XXI y las transformaciones que se han producido en los actuales ordenamientos —diversificados y plurales por el muy diverso origen de sus normas— y que a mayor abundamiento cuentan en su cúspide con unos textos constitucionales y unas declaraciones de derechos supranacionales dotados de plena significación jurídica y cargados de enunciados de valor (el Tribunal Constitucional español, siguiendo en una de sus primeras sentencias la doctrina del Tribunal de Karlsruhe, calificó los enunciados constitucionales que enuncian derechos fundamentales como “expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento”).

2. El juez constitucionalmente comprometido

Comenzaré este nuevo apartado de mi reflexión presentando algunas notas y episodios en los que se percibe cómo *de facto*, tanto los Jueces individualmente considerados, como el Poder Judicial (como estructura

que encarna el tercer poder del Estado), se han visto abocados a asumir nuevos roles que impiden hoy de todo punto calificar a éstos como “*seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*”, que no intervienen en la configuración de la realidad social y que toman decisiones que no interfieren en el desarrollo de la actividad política.

Los primeros rastros que acreditan en el Occidente europeo –y con anterioridad a ello en EE.UU.– la superación de este entendimiento tradicional del Poder Judicial se remonta a finales del siglo XIX y principios de XX, con la aparición de los primeros mecanismos de lo que más adelante se denominará el Estado de Derecho y, ya en la segunda mitad del siglo XX “Estado constitucional de Derecho”. Modelo éste de Estado que muy simplemente explicado exige la subordinación más o menos intensa de todos los poderes públicos al Derecho, lo que con toda evidencia va a realzar el papel de aquel sector del poder público llamado a dotar de plena operatividad jurídica al sistema de normas que integran el ordenamiento jurídico, esto es, el Poder Judicial. Es en ese periodo y contexto donde en el terreno doctrinal se producen en el derecho público bismarkiano las primeras construcciones destinadas a dotar de personalidad jurídica a la organización estatal como estructura sometida al Derecho y, como correlato de ello, la aparición de la noción de derechos públicos subjetivos (así en Gerber o Jellinek). Y en el derecho positivo se reformulan determinadas instituciones para que puedan ser más eficaces en la labor de garantizar el control jurídico de la Administración Pública. Así, la instauración en Francia del Conseil d’Etat como institución pseudojurisdiccional o parajudicial destinada a garantizar la subordinación de la Administración a la ley (aunque formalmente el Consejo de Estado francés es instituido por la Constitución de 13 de diciembre de 1799, es a principios de la III República cuando por ley de 1872 se atribuye al Consejo la justicia delegada). O en España, donde con vaivenes diversos se produce la aparición de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyas primeras manifestaciones –según Marta Lorente⁷– deben remontarse a 1845, pero

7 M. LORENTE. “Justicia desconstitucionalizada. España 1834/1869” en M. LORENTE (coord.) De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870. CGPJ. Madrid. 2007.

cuyo auténtico origen hay que situarlo en la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que creó los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo y el Tribunal Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, Tribunal este último que en 1904 se convertirá en una Sala del Tribunal Supremo (Ley Maura-Silvela).

1400

Parece innecesario advertir en qué medida la sumisión al Derecho de la Administración Pública incluso en sus niveles superiores y el subsiguiente control de legalidad de la actividad de ésta a cargo de jueces y tribunales, va a comportar un cambio sustancial en la posición del Poder Judicial en el marco de la división de poderes. No obstante, en aras de la brevedad, saltaré al periodo inmediatamente subsiguiente a la II Guerra Mundial que es cuando, con la consolidación del régimen demo-liberal y la transformación del Estado liberal de Derecho (Estado legislativo de Derecho, para otros autores) en un Estado constitucional y democrático de Derecho, va a dar lugar a una silente pero patente reformulación del principio de separación de poderes y de las estructuras jurídicas que lo encarnan, en particular en lo que atañe al papel del Poder Judicial en los regímenes constitucionales de nuestros días. El discurso pronunciado por O. Bachof en 1959, con ocasión de su toma de posesión como profesor de la Universidad de Tubinga, puede considerarse el punto de partida de ese nuevo entendimiento de la organización constitucional del Estado y del nuevo estadio de cosas en que se sitúa el Poder Judicial a partir de la segunda mitad del siglo XX: Para los juristas alemanes “fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debe abstenerse de propias decisiones arbitrarias, que está vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley sin tener que representar ni practicar un poder social propio; no obstante, resultaría ocioso conformarse hoy con tales ideas”⁸ (subrayado L.A.).

Como es sobradamente conocido, la noción de Estado constitucional de Derecho alude a esa generación de textos constitucionales que se

8 O. BACHOF, *Jueces y constitución*, Taurus, Madrid 1963. Pág. 11.

inicia en los años 46 y 47 del pasado siglo XX con la Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn. Pero creo que bien se puede afirmar que dicha generación se prolonga hasta el último cuarto de siglo XX con textos tan emblemáticos como la Constitución portuguesa de 1977, la española de 1978, la saga de constituciones latinoamericanas de los años 80 y el conjunto de textos que materializan la recuperación del constitucionalismo democrático-pluralista en Europa central y del Este.

Pues bien, ese conjunto de textos constitucionales cuentan –entre otras muchas cosas– con una serie de rasgos formales o nuevos contenidos materiales de importante significación jurídica a los efectos que ahora interesa, que con frecuencia se ignoran, pero que bien merecen ahora ser recordados. Así:

- 1) En primer término porque tales textos con frecuencia reclaman para sí –explícita o implícitamente– la condición de auténticas normas jurídicas, con el correlato de operar como fundamento del orden jurídico a cuya cabeza el propio texto se sitúa. El conocido trabajo de E. García de Enterría publicado al poco de aprobarse la Constitución española de 1978, que significativamente lleva el título “*La Constitución como norma*”, desarrolla los elementos más significativos de esa reformulación del concepto de Constitución.
- 2) Por otro lado, tales textos constitucionales son además igualmente generadores de auténticos derechos subjetivos inmediatamente operativos (los denominados por la Ley Fundamental de Bonn como “derechos fundamentales”⁹), derechos que son aplicables en sede judicial, siendo ésta la garantía por excelencia de los mismos.
- 3) En tercer lugar tales textos (y los derechos así proclamados) están dotados de una fuerza vinculante particularmente intensa,

1401

9 La ley Fundamental de Bonn se sirve a tal efecto de la terminología empleada por la Parte II la Constitución de Weimar (1919) dedicada a los “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”.

lo que convierte a tales textos en el núcleo central de sus respectivos ordenamientos sobre los que proyectan una muy importante eficacia interpretativa en sede judicial, sea directamente, sea por intermedio de pronunciamientos realizados por la correspondiente instancia de Justicia Constitucional.

- 4) Y finalmente, como bien ha visto el profesor. R. Romboli, con frecuencia son los propios textos constitucionales los que proclaman paralelamente y con igual firmeza e intensidad el “principio de estatalidad social”, ampliando a tal efecto el elenco de derechos básicos de la persona más allá de los tradicionales derechos de libertad, configurando éstos como derechos sociales o prestacionales (esto es, derechos cuyo contenido habilita e impone acciones positivas por parte de los poderes públicos, principalmente en favor de sectores sociales más desfavorecidos o particularmente vulnerables) imponiendo directamente ciertas prestaciones¹⁰.

1402

Nociones tales como Justicia constitucional, Inconstitucionalidad, Derechos Fundamentales, Interpretación conforme, Eficacia horizontal de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados, Derechos sociales judicialmente exigibles, Límites de los derechos fundamentales, etc., son así expresiones que aluden a categorías que hoy forman parte habitual del lenguaje jurídico cotidiano y que eran prácticamente inexistentes hace 60/70 años.

10 “Specie di fronte ai diritti sociali, a domande che vengono poste al giudice per la concreta realizzazione degli stessi, questo vede considerevolmente ampliati gli spazi interpretativi nel fare riferimento e dare applicazione ai principi costituzionali” (Traducción del italiano LA: “Sobre todo frente a los derechos sociales, las cuestiones que se plantean al juez actual para la concreta realización de los mismos comportan que éste vea considerablemente agrandados los espacios interpretativos al referirse y aplicar los principios constitucionales”. R. ROMBOLI. “Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario”. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Enero/Marzo. 2009. Pág. 17.

Por mor de este nuevo constitucionalismo de la segunda mitad de siglo XX el hasta entonces considerado como Estado legal de Derecho, se ha convertido en Estado constitucional de Derecho, modelo de organización estatal en la que el papel del Juez como actor de la vida jurídica se ha visto sensiblemente incrementado en el marco del principio de separación de poderes hasta límites inimaginables cien años antes y que hacen en buena medida incompatibles tales nuevos roles del sistema judicial con el modelo de “Juez monje”.

Estas transformaciones acaecidas en los sistemas jurídicos occidentales de la II mitad de siglo XX, se han visto acompañadas, ya en el último tercio de siglo, por un proceso de muy distinta índole que ha terminado por transformar la estructura de los viejos ordenamientos decimonónicos. Me refiero al desarrollo de unos procesos de integración regional que con frecuencia han engendrado un subtipo de organización política dotada de capacidad para crear auténticos ordenamientos jurídicos paralelos incrementando hasta niveles difíciles de imaginar la actividad jurídica y la labor jurisdiccional. Pienso principalmente en la creación de la Unión Europea y en el derecho allí creado, pero tampoco es menor la importancia que a estos efectos deriva de los procesos de integración regional en materia de derechos humanos que tanto en Europa como en América también han generado su vocabulario propio. Piénsese en expresiones tales como “Protección multinivel”, “Dialogo entre Tribunales”, “Control de convencionalidad”, etc.

1403

Pues bien, como no podía ser de otro modo, este doble proceso de reconfiguración de los ordenamientos contemporáneos no solo ha impactado de modo significativo en el modo de entender lo que sea la interpretación jurídica y la aplicación de las normas a los casos y conflictos que se residencien ante el Poder Judicial, sino que además –y esto es lo que más desearía destacar– tales cambios han abierto a Jueces y Magistrados un amplísimo margen de disponibilidad y, por extensión, una notable ampliación de la creatividad en el desempeño de su labor en el panorama de la división de poderes, –incluso– exigiéndoles en ocasiones asumir un auténtico protagonismo en los procesos sociales de cambio que se desarrollan en sus respectivas sociedades.

Con objeto de reseñar –aunque sea telegráficamente– los aspectos más significativos de este doble proceso que ha abocado a que la labor del Juez se haya visto notablemente redimensionada, me parece necesario apuntar al menos dos líneas:

- De un lado la significativa ampliación del margen de disponibilidad del Juez con ocasión del proceso de selección de la norma a aplicar en los conflictos y litigios que se someten a su consideración, como consecuencia de la naturaleza extraordinariamente compleja de los ordenamientos contemporáneos dada la pluralidad, heterogeneidad y diversidad de planos de las fuentes del Derecho aplicables en cada conflicto. La expansión del constructivismo jurídico o la importancia cobrada por la interpretación principalista de las normas¹¹ es una buena prueba de ello.
- Y de otro la ampliación igualmente relevante de los métodos de interpretación jurídica en el marco de unos ordenamientos en los que, amén de que el valor de la ley como norma de carácter general por excelencia se ha visto sensiblemente fraccionado y devaluado, la interpretación en sentido estricto ha necesariamente de ponderar como criterio preferente tanto el contenido de los enunciados constitucionales con frecuencia breves, crípticos y siempre generales y densos en valores, como la interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales supranacionales de los nuevos conceptos y categorías jurídicas que surgen en todas las esferas del Derecho (baste recordar la importancia alcanzada por el control de convencionalidad en la actividad jurisdiccional).

Y ello por no aludir aquí, en detalle, dado que más adelante será objeto de un específico comentario, el fuerte incremento de contenidos de carácter prestacional que registran los actuales textos constitucionales,

11 Véase recientemente R. CERVANTES ANDRADE. *El constitucionalismo de principios*. Tirant lo Blanch. México. 2016.

contenidos que en la práctica se extienden a la totalidad de los derechos constitucionales (desde los más tradicionales derechos de libertad como la libertad de expresión o el *due process law* hasta los derechos de nuevo cuño conocidos como DESC) y en los que la garantía de los mismos y la determinación de la prestación que corresponde en casos de controversia judicial se atribuye al Juez dotando a tal labor de éste de un fuerte carácter creativo.

Pero el cambio de papel del Juez en los sistemas jurídicos contemporáneos y por extensión en la posición de éste en el sistema de división de poderes, no se agota en el entorno de la noción y evolución del Estado de Derecho tanto desde ámbitos nacionales, como supranacionales. También desde dimensiones más inmediatamente políticas se pueden constatar aspectos en los que el papel del Juez, como elemento del sistema de gobierno, ha cobrado un protagonismo impensable en anteriores etapas del régimen constitucional.

En este sentido, categorías que tradicionalmente parecían ajenas y en cierta medida contrapuestas en cuanto regidas por una lógica muy diferente como “sistema de gobierno” y “Poder Judicial”, en el curso de la segunda mitad del siglo XX se han visto con frecuencia solapadas, operando el segundo (esto es, el Poder Judicial) como un importante complemento del primero (el sistema democrático de gobierno) e incluso en ocasiones apareciendo el Poder Judicial a modo de salvaguarda última del sistema democrático-representativo, como consecuencia de fenómenos de excesivo encapsulamiento de la legitimidad de la democracia constitucional y pluralista en una representación política secuestrada por los partidos políticos y por una clase política excesivamente profesionalizada, que debilita los controles en el interior del sistema político y provoca lamentables episodios de corrupción poco respetuosos con la legalidad, cuando no pura y simplemente delictivos.

En tales ocasiones, amén del desgaste que con carácter general provocan estas situaciones, deteriorando la legitimidad del sistema democrático, la clase política es percibida por la ciudadanía como excesivamente preocupada por sus intereses particulares (aunque éstos a veces sean incluso plenamente legítimos, pero excesivamente apegados a los intereses

del partido e incluso sectarios) y, en sentido contrario, vista como demasiado alejada de los intereses públicos y generales. Y frente a ella, los Jueces y Magistrados, el Poder Judicial como tercer poder del Estado, se perciben con todos los riesgos que ello pueda acarrear a largo plazo para la legitimidad misma del sistema democrático, como un sector del poder público alternativo a los niveles estrictamente políticos (el Parlamento, el Gobierno, los partidos políticos...) que de un lado encarnan mejor el interés público general y, de otro, se ocupan más de los problemas que más inmediata y cotidianamente preocupan a los ciudadanos.

Los Jueces se tornan así, como en recientes ocasiones se ha demostrado, en los garantes del correcto funcionamiento del sistema político y frente a las disfunciones que ocasiona el régimen democrático, esto es, los Jueces, como ha escrito Antoine Garapon, se convierten en los auténticos “*guardianes de las promesas*”¹².

1406

Recuérdese a tal efecto y por todos –pero no solo– el papel desarrollado por la justicia italiana en la primera mitad de los años 90 en el proceso conocido como *mani pulite*¹³, en Francia –en ese mismo periodo– el proceso judicial seguido por el “*affaire*” de la sangre contaminada en el que estuvo implicado Laurent Fabius en ese momento Primer Ministro¹⁴, o en la España más reciente como instrumento para combatir la lacra de la corrupción y la obtención de dinero fácil en el entorno del poder en periodos de fuerte crecimiento económico (Filesa, Gurtel, Bárcenas entre otros) y que comportó una importante pérdida de legitimidad de las instituciones democrático-representativas.

12 A. GARAPON. *Jueces y democracia*. Flor del Viento. Madrid. 1997.

13 “L’espressione Mani pulite designa una stagione degli anni novanta caratterizzata da una serie di indagini giudiziarie condotte a livello nazionale nei confronti di esponenti della politica, dell’economia e delle istituzioni italiane. Le indagini portarono alla luce un sistema di corruzione, concussione e finanziamento illecito ai partiti ai livelli più alti del mondo politico e finanziario italiano detto Tangentopoli. Furono coinvolti ministri, deputati, senatori, imprenditori, perfino ex presidenti del Consiglio”. Wikipedia. http://it.wikipedia.org/wiki/Mani_pulite.

14 A.M. CASTERET. *L’affaire du sang*. La Découverte. Paris. 1992.

Pero con todo, desde una perspectiva exclusivamente jurídica y centrada en la reflexión teórica acerca del Poder Judicial y el rol de los Jueces en los regímenes constitucionales actuales, la cuestión que quizás mayores retos e interrogantes plantea de cara al nuevo papel que el juez desarrolla en tales nuevos contextos son los que tratan de dar contenido eficaz a su caracterización como Estado social de Derecho.

En efecto, el Estado social como modelo de Estado en el que los poderes públicos se comprometen con el bienestar de los ciudadanos y con la remoción de los obstáculos que impiden la efectividad de los principios de libertad e igualdad, se traduce: a) de un lado, en dotar de un mayor protagonismo e intervención de los poderes públicos en la remodelación de la realidad social asumiendo éstos importantes tareas en dicho terreno; y b) de otro, como complemento y materialización de ello, el Estado social supone el reconocimiento de una serie de derechos encuadrados en lo que habitualmente se denominan “Derechos sociales o de prestación”, que van irremediabilmente a propiciar también un incremento del papel y del protagonismo del Poder Judicial en la efectividad de buena parte de tales medidas de acción social, en especial en la garantía de los denominados derechos sociales de prestación.

1407

- a) Por lo que se refiere al plano general de las implicaciones que entraña el Estado social, en lo que tiene que atribuir un mayor protagonismo en los procesos de orden social a los poderes públicos (entre los que se encuentra el Poder Judicial), ha supuesto ciertamente una ampliación del ámbito en las que se desenvuelven las potestades del Juez como bien han detectado Guarnieri y Pederzoli: “*la intervención cada vez más penetrante del Estado providencia en sectores que el Estado liberal dejaba al control privado, se ha resuelto en una expansión sin precedentes del sistema jurídico y, por lo tanto, también en paralela medida en la extensión de la esfera de decisiones del juez*” con proyección social¹⁵. Sin embargo, dicha ampliación del papel del Juez no parece

15 C. GUARNIERI Y P. PEDERZOLI. *Ob. Cit.* pág. 18.

susitar mayores reparos porque en la práctica el principio de estatalidad social solo opera como un criterio de interpretación a la hora de aplicar la legalidad. Y así en buena medida lo están acreditando en la actualidad algunos de los pronunciamientos recientes de la justicia española con motivo de la crisis en materia de embargos de viviendas, restricción de derechos laborales, etc. Así lo constató, por ejemplo, en España el diario *El País* en el año 2014 con una información subtitulada “Los jueces exprimen la ley para mitigar los daños de la crisis. Los tribunales se adelantan a la acción política” (“El último recurso”. *Diario El País*. 2 de febrero de 2014. Pág. 26).

- b) Mayores dificultades ha venido teniendo, sin embargo, la eventual extensión de los tradicionales mecanismos de garantía jurisdiccional de los derechos de libertad a los habitualmente denominados como “derechos sociales”. Dificultades que obviamente no derivan tanto del significado “social” de su contenido, como de la naturaleza prestacional que requiere su adecuada satisfacción y que parece difícil asegurar por cauces judiciales.

Cierto es que tradicionalmente los textos constitucionales, incluso aquellos que han sido elaborados en el último tercio del pasado siglo XX, se han mostrado renuentes a la hora de reconocer los derechos sociales-prestacionales en paridad de garantías con los que consagran derechos de libertad, empleando para ello ambiguas o extrañas sistematizaciones que obstaculizan aún más el papel del Juez. La Constitución Española de 1978, por ejemplo, es un buen exponente de ello. Como ha escrito al respecto el profesor M. Revenga, “si tomamos como referencia el texto constitucional español de 1978 me temo que lo que sigue –se refiere el autor al análisis del sistema de garantías de los derechos de carácter social– no puede ser sino el memorial de las incongruentes tomas de posición de una Constitución que parece diseñada para reconocer los derechos sociales y al tiempo desactivarlos” hasta el punto de establecer en la práctica que el principio general de vinculación de los poderes públicos a la Constitución, que se consagra taxativamente en el art. 9.1, opere de forma distinta

según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I, o bien de los Principios rectores del capítulo III, pese a que la fuerza normativa de la Constitución se proclama taxativamente respecto a toda ella y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos¹⁶.

Pero pese a las dificultades apuntadas, es preciso recordar que en los últimos 50 años se han producido importantes avances tanto en la doctrina constitucional, como en el derecho positivo de los derechos humanos a la hora de buscar fórmulas de mayor protección judicial de los derechos sociales.

En el terreno doctrinal parece hoy doctrina consolidada que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existen auténticas diferencias de estructura y naturaleza¹⁷. Así, por ejemplo, no puede afirmarse que el primer tipo de derechos generan exclusivamente obligaciones negativas, en tanto que los segundos implican obligaciones positivas de prestación que trascenderían el papel que corresponde a los Jueces. Baste por todos recordar la dimensión irremediamente prestacional que tienen los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso que habitualmente han venido siendo considerados como derechos de primera generación. Y es que como señala L. Ferrajoli, los obstáculos que se oponen a la justiciabilidad de la garantía de los derechos sociales, en verdad responden a la falta de una tradición cultural al respecto¹⁸.

1409

Y por otra parte, es preciso constatar que la ambigüedad que normalmente ha venido caracterizando a los textos constitucionales a la hora de abordar este tema, también parece irse diluyendo gracias al importante papel desempeñado por el derecho internacional de los derechos humanos. Es capital a estos efectos recordar el papel desplegado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en

16 M. REVENGA. "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución española". En *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 21, diciembre 2009, pág. 98.

17 Por todos véase V. ABRAMOVICH Y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid. 2002. Págs.. 21 y siguientes.

18 FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1999. pág 110 y siguientes.

Nueva York en 1966 y de cuya operatividad cuida el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Y en el ámbito regional europeo es inexcusable traer a colación la Carta Social Europea de 1961, reformada en 1999 para —entre otras cosas— ampliar las atribuciones del Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁹, los Títulos III (Igualdad) y IV (Solidaridad) de la Carta europea de derechos que se ocupan con minuciosidad y explicitud de contenidos sobre numerosos derechos de carácter social-prestacional y, muy particularmente, la labor desplegada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, aunque formalmente no fue creado con la finalidad de proteger este tipo de derechos, en el marco de la profunda crisis económica por la que pasan varios países europeos en estos últimos años, no ha tenido inconveniente en proyectar las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos para que éste pudiera reforzar la operatividad de los citados derechos sociales²⁰.

1410

Dicho en otros términos, los Jueces nacionales empiezan a contar con instrumentos normativos y doctrinales cada vez más sólidos que les permiten reconducir la interpretación de los contenidos de sus respectivos textos constitucionales en materia de Derechos Sociales para dotar a éstos de una mayor operatividad en el plano interno.

Sin embargo, el propósito de estas líneas no es, evidentemente, argumentar en favor de una mayor aplicabilidad de los derechos sociales en el ámbito judicial, sino constatar que esta tendencia de los órganos jurisdiccionales en favor de interpretar, aplicar y garantizar los derechos sociales que reconocen sus respectivos textos constitucionales en el ejercicio de su labor jurisdiccional cotidiana empieza a ser una realidad frecuente,

19 Véase al respecto L. JIMENA QUESADA. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Tirant. Valencia. 2007.

20 L. LOPEZ GUERRA. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la garantía de Derechos Sociales”. Ponencia al II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. <http://iicidjc.azurewebsites.net/Material-Académico>. Igualmente, sobre dicho tema puede verse por todos C. MORTE GÓMEZ y S. SALINAS ALCEAGA. “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en A. Embid Irujo (dir.). *Derechos Económicos y Sociales*. Iustel. Madrid. 2009. O del propio L. LOPEZ GUERRA. “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”. *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 36.2015.

provocando un incuestionable incremento del protagonismo del estamento judicial en los procesos de cambio social.

En ese contexto, parece evidente que ante los nuevos retos a que se enfrenta el Poder Judicial en los Estados de Derecho de nuestros días es necesario un renovado modelo de Juez, que sin desdeñar su formación jurídica como experto jurista, ni la plena independencia de criterio a la hora de tomar sus decisiones, conozca también la realidad social del entorno en que desempeña su labor y sea consciente de las implicaciones políticas, económicas y sociales de sus pronunciamientos. Y, sobre todo, un Juez comprometido con los valores superiores de libertad y justicia que el constitucionalismo actual encarna.

Es a ese Juez al que me permito definir con el calificativo de “Juez constitucionalmente comprometido”, esto es, un Juez que sin estar ideológicamente condicionado y sin perder de vista el interés público general, debe saber en todo momento actuar en consonancia con el sistema de valores que derivan de la respectiva Constitución nacional interpretada a la luz y en consonancia con los valores hoy consagrados por el derecho de origen convencional. Un Juez que no puede ni debe sustituir a los poderes genuinamente políticos en aquellas decisiones que en exclusiva les corresponden, pero que tampoco se debe dejar arrastrar por líneas de acción política que ignoran o desdeñan los valores constitucionales que un día fueron proclamados por los constituyentes como expresión de la voluntad de autogobierno de la ciudadanía.

1411

En suma, el reto pendiente es encarar lo que probablemente sea uno de los mayores desafíos a que se enfrentan en la actualidad los sistemas judiciales de los Estados de Derecho de nuestros días: perfilar con rasgos más precisos ese modelo de Juez constitucionalmente comprometido que cuente con la formación técnico-jurídica apropiada, el estatuto jurídico idóneo para garantizarle la independencia e imparcialidad en su labor y las atribuciones procesales necesarias para dotar de contenido concreto a los valores que consagra la Constitución, pero que tenga también la cultura democrática adecuada para acotar su función a lo estrictamente necesario para administrar justicia y garantizar y salvaguardar los bienes y derechos de los ciudadanos.

Hans Kelsen

El fundador del control concentrado de la constitucionalidad

✍ ERNESTO BLUME FORTINI*

1. Introducción

El presente artículo, en la línea trazada en trabajos anteriores del autor y recogiendo parte de lo revisado en ellos¹, persigue contribuir a la siempre necesaria difusión del trascendente aporte del maestro Hans Kelsen, uno de los más grandes juristas del siglo XX, al Derecho Constitucional actual y, en especial, al Derecho Procesal Constitucional contemporáneo: el control concentrado de la constitucionalidad.

1413

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1981 – 2016), Profesor de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad San Ignacio de Loyola. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el extinto ex Presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao. Actual Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú desde junio de 2014, del cual fue su Presidente en el periodo 2018 – 2019 y en el que se viene desempeñando también como Director General de su Centro de Estudios Constitucionales desde enero de 2020.

1 BLUME FORTINI, Ernesto. “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú”. Editorial Adrus. Arequipa, 2009.

En tal dirección, es menester apuntar para empezar que la idea germinal del abate Emmanuel Joseph Sieyès², concebida y propuesta en 1795, fue rechazada y, además, echada al olvido. Así, tras su incomprensión y no valorada iniciativa que constituyó la plasmación de la idea generadora de un control concentrado de la constitucionalidad, vino una etapa de olvido casi generalizado de la misma, salvo el brote producido en la naciente nación norteamericana en 1803 bajo la modalidad del control disperso, con el fallo del Juez John Marshall, dictado en el caso *Marbury versus Madison*, que en realidad fue una reacción frente a la misma causa; empero, bajo otra lógica y una distinta racionalidad.

No obstante ello, dicha etapa no fue ajena a las consecuencias de la indefensión en que se encontraban las Constituciones de los excesos y desbordes normativos en que incurrieron los Parlamentos, bajo un maximalismo que, con lucidez y sensatez había advertido Sieyès, ya que, normativamente hablando, el legislador constituido embriagado de poder fue vaciando de contenido la obra del legislador constituyente. Se fue produciendo un fenómeno de inconstitucional desmontaje del andamiaje constitucional. Consciente o inconscientemente, el legislador constituido fue abdicando del mandato recibido e incurrió en acto de felonía frente al legislador constituyente.

La comprobación de esta situación obligó a los doctrinarios a retomar las preocupaciones de Sieyès, correspondiendo entonces al célebre Hans Kelsen (1881-1973), al indiscutible jurista del siglo XX, encabezar, diríase así, la reflexión, la propuesta y, finalmente, la objetivación en norma concreta de un raciocinio que bien podría rotularse de reivindicación normativa de la Constitución; raciocinio que significó la plasmación de su teoría sobre lo que él denominó la “garantía jurisdiccional de la

2 Emmanuel Joseph Sieyès había afirmado en las postrimerías del siglo XVIII: “Así, se requiere, ante todo un jury de constitución o, a efectos de afrancesar el término jury, distinguiéndolo del jurado, un tribunal constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución.” En BLANCO VALDÉS, Roberto. “El valor de la Constitución”. Alianza Editorial S.A. Madrid, 1994, p. 256.

Constitución” o “justicia constitucional”, basada en el sistema explicado en su famosa “Teoría General del Estado”³.

2. Apuntes biográficos

Antes de escudriñar en el pensamiento del fundador del control concentrado de la constitucionalidad, resulta conveniente para una mejor comprensión del mismo hacer una breve referencia biográfica y algunos comentarios relacionados con el significado de su Teoría General del Estado que, sin duda, constituye su principal obra.

El 11 de octubre de 1881 nació en Praga el connotado jurista Hans Kelsen, en circunstancias en que su familia, que era vienesa, se encontraba de visita en aquella ciudad. Su educación escolar y universitaria la desarrolló en Viena, obteniendo a los 26 años, en 1906, el grado de Doctor en Derecho (Doctor Juris) en la Universidad de Viena.

En 1911 inició su carrera como docente en calidad de profesor privado extraordinario. Al año siguiente, en 1912, contrajo matrimonio con Margarethe Bondi, con quien procreó a sus hijas Ana y María; siendo en 1918 en que, paralelamente, fue designado Teniente de Reserva (a raíz de la Primera Guerra Mundial) y nombrado Profesor Adjunto de la Universidad de Viena, donde en 1919 logró convertirse en Profesor Principal, a pesar de las reticencias que para muchos producía su parentesco judío.

En aquel entonces, cuando ya había asistido en Heidelberg al Seminario de George Jellinek, era uno de los Promotores de la “Escuela Legal Vienesas” y Austria acababa de independizarse tras la caída de la monarquía austro-húngara, recibió el encargo del Canciller Carl Renner de elaborar, conjuntamente con Heinrich Lammasch, la primera Constitución Austríaca, que fuera promulgada el 1° de octubre de 1920, en la cual se introdujeron importantes aportes en cuanto a la democracia representativa y se consagró el sistema de control concentrado de

3 KELSEN, Hans. “Teoría General del Estado”. Traducción de Legaz Lacambra. Barcelona, Labor, 1934. También publicada en México por el Fondo de Cultura Económica en 1948 y Edinal en 1959.

la constitucionalidad, a través de la creación del denominado Tribunal Constitucional (“Verfassungsgerichtshof”); tribunal del cual Kelsen fue miembro desde 1921 hasta 1930, año en el que, desengañado por las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional, fue tentado a aceptar una cátedra en la Universidad de Colonia, donde permaneció sólo hasta 1933, por la cercanía del holocausto, que lo obligó a un éxodo hacia Ginebra, asumiendo el reto de adaptarse a los estudios y la docencia en una lengua extranjera.

En Ginebra, salvo una breve y alentadora experiencia en la Universidad Alemana de Praga, en donde por las amenazas de los estudiantes nazis ratificaría lo sombrío de su futuro, permaneció hasta 1940, año en el cual emigró a los Estados Unidos de Norteamérica, para emprender una nueva vida, en otra realidad y con otro idioma.

1416

En los Estados Unidos de Norteamérica pasó una corta etapa en la Universidad de Harvard, en la cual a pesar de los auspicios del Decano Roscoe Pound sólo alcanzó el rango de investigador adjunto, que concluyó por la decisión del Presidente de aquella universidad de no continuar el contrato; frente a lo cual Kelsen se trasladó a Berkeley, donde desde 1942 hasta su retiro en 1951, enseñó en el Departamento de Ciencias Políticas y durante un semestre en la Escuela de Derecho. Fue jubilado el 25 de abril de 1952 de la Universidad de California, en circunstancias en que ya había adquirido la ciudadanía norteamericana.

Paralelamente a la enseñanza, Hans Kelsen destacó por su producción doctrinaria, que estuvo centrada en la elaboración de una teoría del derecho, cuyo significado se refiere más adelante; debiendo enfatizarse que en 1951 la Universidad Nacional Autónoma de México le confirió el grado de Doctor Honoris Causa y que en 1960 visitó México, siendo nombrado el 5 de abril del mismo año “Profesor Extraordinario” por la citada universidad.

Falleció en Berkeley, Estados Unidos de Norteamérica, el 19 de abril de 1973, a los 92 años.

Entre los testimonios de quienes conocieron al maestro Kelsen, hay varios que son elocuentes para tener una idea de su personalidad y

calidad humana, a la par de su inteligencia, gran producción intelectual y extraordinario aporte a la ciencia del Derecho. Al respecto Edward C. Halbach, Jr., afirma: “Hans Kelsen fue un hombre amable, humilde y generoso, pero a la vez enérgico, confiado y disciplinado en la formulación y presentación de sus puntos de vista filosóficos a los cuales dedicó su vida. Por estas últimas cualidades fue conocido en todo el mundo; sin embargo, estoy agradecido de que en Berkeley hayamos tenido el privilegio de conocerlo también por las primeras.”⁴

Y Robert Walter sostiene: “Hans Kelsen, tuvo una vida dura, pero a la vez exitosa, variada y movida, aunque dedicada, sin embargo, a una sola meta. Dura, por haber tenido que sufrir continuas hostilidades, que lo tocaban en lo más profundo de su ser, de parte de los poderes políticos. Exitosa, por verse coronada en una obra a la cual nadie puede hoy negar importancia. Variada y movida, por su labor no sólo como catedrático e investigador, sino también como asesor jurídico de trascendencia histórica y como Juez del Tribunal Constitucional Supremo de Austria. Sin embargo, y pese a todas estas innumerables actividades, su vida estuvo dedicada a una sola tarea, pues nada ni nadie podía detener a Kelsen de trabajar incesantemente en su teoría, la cual, y sin desestimar sus demás logros, constituye evidentemente su obra secular. La teoría de Kelsen –la Teoría Pura del Derecho– no podrá ser excluida jamás de la ciencia jurídica.”⁵

1417

3. Su teoría general del derecho

Roscoe Pound ha expresado que Hans Kelsen “constituye incuestionablemente el principal jurista de la época”⁶, mientras que Carlos Cossio lo ha calificado como “el jurista de la época contemporánea”⁷. Al respecto, cabe preguntarse siguiendo al maestro Enrique R. Aftalion,

4 HALBACH, Edward C., Jr. En “Testimonios en Memoria de Hans Kelsen”. Vol. 6 N° 4. Law Review. Los Ángeles, California, 1973, p. 385. Traducción de María Angélica Rojas de Bofill.

5 WALTER, Robert. En “Testimonios en Memoria de Hans Kelsen”. *Ibíd.* p. 387.

6 AFTALION, Enrique. En prólogo de “La idea del Derecho Natural y otros ensayos” de Hans Kelsen. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1946, p. 7.

7 Loc. Cit.

miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social “¿Qué ha hecho Kelsen para que innúmeros adherentes conviertan su nombre en una suerte de meridiano jurídico? ¿Qué encuentran en su obra que lo distancia en tal forma de otros eminentes filósofos? ¿Acaso no forman también legión los impugnadores de Kelsen, e, incluso, los que afirman que ‘están superados’, que ‘ya no sirven’?”⁸.

Es difícil absolver en pocas palabras estas interrogantes, so pena de caer en imprecisiones, ambigüedades o parcializaciones por cuanto Hans Kelsen fue autor de varios libros y numerosos artículos sobre muy diversos temas, todos tratados con singular acuciosidad e inteligencia; traducidos hasta en veinticinco idiomas. Empero, sus obras más importantes versan sobre el análisis, conceptualmente hablando, de la relación entre el derecho y el Estado, y están representadas por su Teoría General del Derecho y del Estado terminada en 1945, cuya segunda edición apareciera en 1960, complementada y revisada, bajo el título de Teoría Pura del Derecho. Al hilo, siguiendo al mismo profesor Aftalion, se intenta a continuación esbozar algunas respuestas, afirmando que existen dos circunstancias que convierten a Kelsen en acreedor de los elogiosos calificativos que se han transcrito. Ellas son las siguientes: en primer lugar, que en el panorama de la jusfilosofía actual no aparece ningún sistema oponible con éxito y posibilidad de reemplazar al ideado por Kelsen; y, en segundo lugar, que ha hecho posible la teoría de la ciencia jurídica, al desarrollar una lógica jurídica como instrumento imprescindible para que aquella adquiriera pleno nivel científico.

En efecto, la teoría pura del Derecho es la única teoría general de lógica jurídica, sin que esto conlleve una conceptualización peyorativa o descalificadora de la ejecutoria que presenta la ciencia del Derecho, pero, como enseña el mismo Aftalion, “...ocurre que el saber así logrado sólo tenía de “científico” su sentido intencional, ya que le faltaba, en cambio, esa certeza constrictiva y esa validez universal sin las cuales resulta difícil hablar de verdadera ciencia”⁹.

8 Loc. Cit.

9 Ibíd. p. 9.

En verdad, si Kelsen tiene un lugar especialmente importante en el desarrollo de las ideas jurídicas en la humanidad, ello se debe a que fue capaz de descubrir y formular, como está dicho líneas arriba, una lógica jurídica basada en el deber ser, suministrando a los estudiosos del Derecho "...el organon sin el cual no les era posible aventar las ideologías y pensar neutralmente su objeto."¹⁰ La ciencia del Derecho es concebida por Kelsen como una pura teoría normativa, que tiene el carácter de ser independiente de todo hecho y de toda ley positiva, por cuanto las normas son entendidas como significaciones (no normas en cuanto a hechos); de tal suerte que las normas de su teoría pura del Derecho son "leyes puras", semejantes a ideales o esencias. Empero, tal tipificación y peculiaridad respecto de los hechos no significa ausencia de relación con aquéllos, sino, simplemente, preceden a los hechos.

Desde el punto de vista de Kelsen, a pesar de su carácter autónomo, las normas tienen su propio contenido, que es de naturaleza ideal y no fáctica, lo cual muestra un formalismo jurídico con formas legales propias; debiendo hacerse hincapié que la teoría pura del Derecho de Kelsen es, en verdad, una teoría universal, que puede considerarse como una rama de la lógica e, incluso, de la filosofía formal, desde que los conceptos que pergeña vienen a ser el basamento de los demás conceptos jurídicos, a tal punto que, según su autor, no puede darse una investigación jurídica seria que deje de lado la teoría pura del Derecho y, menos aún, la descarte como base de su raciocinio.

1419

Por lo demás, en cuanto a este tópico, debe hacerse notar que la teoría pura del Derecho presenta una universalidad, que es distinta a la que corresponde al derecho natural.

Finalmente, siguiendo a José Palomino Manchego¹¹, deben mencionarse los principales libros y folletos de Hans Kelsen traducidos al español, tales como "Compendio Esquemático de una Teoría General del

¹⁰ Loc. Cit.

¹¹ PALOMINO MANCHEGO, José F. "Apéndice Bio-bibliográfico de Hans Kelsen". En "Introducción a la Teoría Pura del Derecho". Edición Autorizada por el Hans Kelsen-Institut. Luis Alfredo Ediciones, Lima, 1994, pp. 115-139.

Estado”, “La Teoría Pura del Derecho. Método y Conceptos Fundamentales”, “Esencia y Valor de la Democracia”, “Compendio de Teoría General del Estado” (segunda edición corregida), “Teoría General del Estado”, “La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho”, “El Contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho”, “Derecho y Paz en las relaciones internacionales”, “Sociedad y Naturaleza”, “La Paz por medio del Derecho”, “La idea del Derecho Natural y otros ensayos”, “Teoría General del Derecho y del Estado” (tercera reimpresión), “Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Ecológica y Teoría Pura”, “¿Qué es la Justicia?”, “Teoría Comunista del Derecho y del Estado”, “¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?”, “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, “Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho”, “Principio del Derecho Internacional Público”, “Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho”, “Derecho y Lógica”, “Teoría Pura del Derecho”, “Socialismo y Estado. (una investigación sobre la Teoría Política del Marxismo)”, “Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)”, “Escrito sobre la Democracia y el Socialismo”, “Normas Jurídicas y Análisis Lógico” y “¿Quién debe ser del defensor de la Constitución?”, entre otros.

4. La problemática de la regularidad

A continuación se ingresa al tratamiento específico de las ideas del maestro Kelsen en torno a la creación y puesta en práctica del denominado sistema de control concentrado de la constitucionalidad, las mismas que están contenidas, en esencia, en su ensayo denominado “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, que apareció publicado por primera vez el año 1928 y en idioma francés. Como bien se apunta en la nota a pie de página del texto publicado por la Revista *Ius Et Veritas*¹², no existen datos que permitan conocer si el maestro Kelsen lo escribió en francés, si

12 KELSEN, Hans. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”. La Justicia Constitucional. En *Ius Et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V, número 9, Propaceb Editora de Publicaciones S.R.L., Lima, 1994.

se trató de una traducción de Eisenmann, que fue su discípulo, o si fue producto tal traducción de un trabajo conjunto de Kelsen y Eisenmann; habiéndose publicado nuevamente en 1929 tanto en alemán como en francés y traducido al español en 1974 por el jurista mexicano Rolando Tamayo y Salmoran; traducción esta última que ya en la década de los 90 fuera revisada por el jurista peruano Domingo García Belaunde.

En el aludido trabajo, Kelsen aborda la temática de la garantía jurisdiccional de la constitución, que también denomina justicia constitucional, desde el ángulo teórico y desde la perspectiva práctica; en el empeño de desentrañar su naturaleza jurídica a la luz de su Teoría General del Estado y de buscar, en base a su experiencia como magistrado y ponente del Tribunal Constitucional de Austria, los medios más eficaces para hacerla realidad tangible.

En esa dirección Kelsen desarrolla una línea argumental que parte del denominado “problema jurídico de la regularidad,” para llegar a su noción de Constitución y a la fundamentación de los mecanismos de garantía de tal regularidad; todo lo cual lo lleva a estudiar las “garantías de la constitucionalidad”, que comprenden sus ideas sobre la jurisdicción constitucional, el objeto del control jurisdiccional de la constitucionalidad, el criterio del control jurisdiccional de la constitucionalidad, el resultado del control jurisdiccional de la constitucionalidad y el procedimiento del control de la constitucionalidad para desembocar en la significación jurídica y política de dicho control.

1421

Para Kelsen la denominada garantía jurisdiccional de la Constitución es parte del sistema de medios técnicos con que cuenta el derecho a los efectos de asegurar el ejercicio de las funciones estatales; funciones que presentan un carácter jurídico en cuanto constituyen actos jurídicos y que se traducen en normas jurídicas o actos de ejecución, según se trate de la creación del derecho o de la aplicación del derecho; esto es, en funciones estatales de legislación y en funciones estatales de ejecución.

A partir de la premisa de la regularidad, que según afirma venía siendo manejada con mucha frecuencia en el campo de la ejecución propiamente dicha —en la aplicación de la norma—, Kelsen plantea la

necesidad de una regularidad intra legislación de acuerdo a la jerarquía de las normas, por lo que afirma que, en ese aspecto, legislación y ejecución “... son dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho...”¹³ e, inclusive, dos etapas intermedias, puesto que para él el proceso de creación del derecho abarca desde la esfera del orden jurídico internacional, que es superior a los órdenes estatales, pasando por la Constitución, para llegar sucesivamente de la ley, el reglamento, la sentencia y el acto administrativo, a los actos de ejecución material. Nótese que en el decantamiento del proceso de creación del derecho Kelsen comprende a las sentencias y a los actos administrativos en cuanto consagran un derecho individualizado a las partes sobre las que recaen.

1422

Kelsen acota: “En esta numeración, en que no consideramos más que las fases intra-estatales, sólo se pretende indicar, esquemáticamente, las etapas principales de este proceso, en el curso del cual, el derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno”¹⁴.

En esta línea, Kelsen agrega que “El derecho, en el camino que recorre, desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de caracterizarse. De manera que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales. La libertad del legislador, quien no está subordinado más que a la Constitución, se encuentra sometida a límites relativamente débiles. Su poder de creación continua siendo relativamente grande. Sin embargo, a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de la libre creación disminuye”¹⁵.

13 Ibid. p. 18.

14 Loc. Cit.

15 Ibid. p. 19.

Por ello, sostiene, en raciocinio que encierra, según el parecer del autor de este artículo, sus conceptos de constitucionalidad y de legalidad, que cada grado del orden jurídico comprende un contenido dual: es reproducción del derecho del grado superior y es, a su vez, producción del derecho del grado inferior¹⁶; empero en este juego dual - reproducción - producción - ínter e intra grados debe darse una relación de correspondencia, que es la regularidad del orden jurídico. “La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida que cada grado es aplicación o reproducción del derecho.”¹⁷ Enfatizará para dejar muy bien aclarado que la regularidad “... no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”¹⁸.

Esta relación de correspondencia —esta regularidad— en el plano normativo general, que comprende a la Constitución, a la ley y al reglamento, debe estar garantizada, de un grado a otro. En ese sentido, para el maestro Kelsen “garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.”¹⁹. Aquí está la esencia del raciocinio de Kelsen en cuanto al control concentrado de la constitucionalidad.

1423

De otro lado, Kelsen considera que la discusión en torno a la necesidad de contar con garantías de la Constitución venía presentando posiciones científicas discrepantes por razones teóricas y políticas. Entre las primeras ubica la entonces relativamente nueva idea de la “... estructura jerárquica del derecho...”²⁰ o de “... la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus relaciones recíprocas.”²¹. Entre las segundas encuentra el que las monarquías constitucionales, surgidas de las monarquías absolutas, propiciaban una posición basada en “... hacer

16 Loc. Cit.

17 Loc. Cit.

18 Loc. Cit.

19 Loc. Cit.

20 Loc. Cit.

21 Loc. Cit.

creer que la disminución del poder que ha sufrido el monarca –antes absoluto –es pequeña e insignificante tratando incluso, de disimularla completamente.”²²; posición que tiene a la Constitución como un principio postulatorio que “... toda expresión del monarca es una norma jurídica obligatoria”²³.

Sobre las razones políticas Kelsen afirma: “... la doctrina constitucionalista ha encubierto el nuevo estado de cosas que resulta peligroso para el poder del monarca. En oposición con la realidad constitucional, la doctrina constitucionalista presenta al monarca como el único factor, o al menos, el verdadero de la legislación, declarando que la ley es expresión de su sola voluntad y que la función del Parlamento se reduce a una adhesión más o menos necesaria, secundaria, no esencial”²⁴.

1424

De este raciocinio, decanta la tesis del “principio monárquico”, que postula que el monarca posee el poder de realizar interpretación auténtica de la Constitución, la cual reprueba con dureza al sostener que encierra una ideología extraña, que “... deforma el derecho positivo...”²⁵. De este raciocinio, igualmente decanta, la distinción entre obligatoriedad y contenido de la ley, conceptuando que la primera emanaba solo del monarca mientras el segundo provenía de un convenio entre el monarca y la representación nacional²⁶; distinción que también reprueba con igual dureza al afirmar que de esta forma “... se reduce prácticamente a nada –al menos teóricamente– el progreso capital que va de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional;...”²⁷.

Con toda convicción sostendrá entonces que esa reducción, que con más propiedad debe llamarse anulación, se daba respecto al problema de “... la constitucionalidad de las leyes y de sus garantías”²⁸, que aparecían

22 Ibid. p. 20.

23 Loc. Cit.

24 Loc. Cit.

25 Loc. Cit.

26 Loc. Cit.

27 Loc. Cit.

28 Loc. Cit.

en tal entorno conceptual como cuestiones accesorias y carentes de una real importancia. Así el monarca al sancionar el texto de las leyes realizaba una certificación de constitucionalidad; empero, en el absurdo que quien también debía ser controlado, juntamente con el Parlamento, ejercía una especie de control tácito o implícito.

5. Su noción de constitución

La noción de Constitución es para Kelsen una premisa de carácter ineludible si se quiere dilucidar la temática de sus garantías. En otras palabras, de la vigencia de la denominada por Kelsen "... la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución,..."²⁹. En aquella dirección, Kelsen sostiene que sólo la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico está en reales posibilidades de habilitar una noción de Constitución de carácter netamente jurídico; esto es, indisolublemente ligada a la idea de la jerarquización normativa, que atraviesa el eje de todos los conceptos de Constitución, en cuanto "...principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden."³⁰. Basado en este presupuesto, afirmará que "... la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas"³¹.

1425

Desde esta perspectiva, la Constitución es, en puridad, una "... regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación..."³²; no solamente una regla de procedimiento, también una regla de fondo. Es,

29 Ibid. p. 21.

30 Loc. Cit.

31 Loc. Cit.

32 Loc. Cit.

en esencia, “... la base indispensable de las normas jurídicas...”³³ y “... el asiento fundamental del orden estatal”³⁴.

Hay entonces en la base kelseniana de la noción de Constitución una idea muy clara y definida de que aquella es norma de regulación de creación de normas, en cuanto establece y delimita los órganos capaces de crearlas, su ámbito competencial normativo y el procedimiento a seguir para tal fin; noción de la que se deriva la idea de la estabilidad constitucional. Es decir, la necesidad de contar con instrumentos que permitan su permanencia.

Hay igualmente en la base kelseniana de la noción de Constitución una idea muy clara de que existen diferencias entre las normas constitucionales y las normas infraconstitucionales, que permiten distinguir la “... forma constitucional...”³⁵ de la “... forma legal ordinaria...”³⁶, al extremo que sólo las normas constitucionales en su sentido material coinciden con la Constitución en su sentido formal.

1426

Hay así mismo en la base kelseniana de la noción de Constitución una idea muy clara que ésta, además de regla de procedimiento, es regla de fondo, desde que “... dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc.”³⁷. Vale decir, “... los principios o direcciones formulados en la Constitución...”³⁸. Puede afirmarse, su contenido propiamente dicho. La Constitución material.

A partir de esta idea (de Constitución como regla de procedimiento y como regla de fondo), la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Norma Suprema debe darse en cuanto

33 Loc. Cit.

34 Loc. Cit.

35 Loc. Cit.

36 Loc. Cit.

37 *Ibíd.* p. 7.

38 Loc. Cit.

a lo procedimental y en cuanto a lo sustantivo; es decir, en cuanto a la forma y en cuanto al fondo. De este raciocinio, Kelsen comparte la idea de distinguir entre la inconstitucionalidad formal y la inconstitucionalidad de fondo o material de las leyes, bajo la reserva "... de que la dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional"³⁹, distinguiendo entre la forma constitucional y la forma legal, en cuanto la aprobación de las leyes constitucionales (modificadorias de la Constitución) y las leyes comunes (reglamentarias de la Constitución), pues el seguimiento de la forma constitucional, aún respecto de leyes contrarias a las prescripciones constitucionales, implica una extensión de una en unos casos y una modificación en otros a la propia Constitución, por lo que la aprobación de la norma originalmente inconstitucional, bajo la forma constitucional, al modificar la Constitución adquiere el carácter de constitucional, según interpretación que realiza el autor del presente trabajo respecto del pensamiento del maestro Kelsen.

1427

A continuación se tratará sobre lo que bien podría denominarse la cobertura de las garantías constitucionales. Esta comprende el procedimiento contra las leyes inconstitucionales y "... otros objetos distintos..."⁴⁰. A este respecto, ¿Cuáles serían esos otros objetos distintos? es una pregunta que cae por su propio peso para cualquier analista del pensamiento kelseniano. La respuesta está en aquellas formas jurídicas por las que la Constitución se concretiza, que son ajenas al procedimiento y al contenido de las leyes, dentro de las cuales se ubican reglamentos y actos jurídicos individuales; los primeros cuando por mandato constitucional tienen fuerza de ley y los segundos cuando por mandato constitucional ciertos actos jurisdiccionales e, incluso, administrativos constituyen aplicación directa de la Constitución sin que sean necesarios una ley o un reglamento. Las garantías constitucionales constituyen, por tanto,

39 Loc. Cit.

40 Ibíd. p. 22.

según la tesis kelseniana, procedimientos contra las leyes, los reglamentos con rango de ley y los actos de aplicación directa de la Constitución que, por la forma o por el fondo, sean inconstitucionales⁴¹.

En este punto, siguiendo la línea argumental del maestro Kelsen, es conveniente rescatar su noción de Constitución en sentido material, como él la denomina, que comprende "... las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos y, además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos..."⁴².

En resumen, uniendo las nociones que se han citado, la Constitución tiene para Kelsen una composición tripartita: es norma de regulación de los órganos y procedimientos de normación (de legislación), es norma de estructuración de los entes de rango constitucional (de estructura del Estado) y es norma de principios sobre el contenido de las leyes en cuanto al Estado y sus miembros (de catálogo de derechos; especialmente, de derechos fundamentales).

1428

Ahora bien, Kelsen distingue entre actos inmediatamente subordinados a la Constitución y actos mediatamente subordinados a la Constitución; es decir, aquellos que se acaban de mencionar (ley, reglamento con fuerza de ley y acto de aplicación directa de la Constitución) y sus derivados (reglamento de una ley y de una norma con rango de ley). Los primeros tienen una conexión directa con la Norma Suprema. Se encuentran en un grado inmediatamente inferior de aquella. Los segundos tienen una conexión indirecta con la Constitución (a través de los actos de conexión directa). No se encuentran en un grado inmediatamente inferior de aquella.

Del raciocinio que antecede, Kelsen, distingue entre constitucionalidad (regularidad entre la Constitución y el acto inmediatamente subordinado a ella) y legalidad (regularidad entre el acto inmediatamente subordinado a la Constitución y el acto inmediatamente subordinado a este último y mediatamente subordinado a la Constitución), aclarando

41 Loc. Cit.

42 Loc. Cit.

que la legalidad “... significa al mismo tiempo –de manera indirecta– constitucionalidad...”⁴³; distinción que, a su vez, determina la existencia de la inconstitucionalidad inmediata y de la inconstitucionalidad mediata. Es decir, el rompimiento de la regularidad por acto inmediatamente subordinado o por acto derivado, respectivamente. O, como el mismo también las denomina, inconstitucionalidad directa e inconstitucionalidad indirecta, respectivamente⁴⁴, enfatizando sobre esta distinción que pueden darse formas mixtas o intermedias. “Así sucede, por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediatamente, directamente, a todas las autoridades administrativas, o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su competencia y a asegurar la ejecución de las leyes que deben aplicar. Estas autoridades obtienen su poder reglamentario inmediatamente de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar, es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución. Los reglamentos complementarios se distinguen con toda claridad, en virtud del grado de proximidad a la Constitución, del otro tipo de reglamentos a los cuales se ha hecho precedentemente alusión, esos que derogan las leyes o las reemplazan, que están inmediatamente subordinados a la Constitución y no pueden ser, por tanto, ilegales, sino únicamente inconstitucionales.”⁴⁵, expondrá Kelsen al tratar de explicar tales formas mixtas o intermedias.

1429

En el ámbito de la inconstitucionalidad inmediata, Kelsen comprende a los actos que denomina “...sin ley...”⁴⁶ que hayan transgredido la regularidad; esto es, los realizados por una autoridad “...en ausencia de ley que permita apreciar su legalidad...”⁴⁷. La ausencia de ley viola el principio constitucional de la legalidad de la ejecución, que “... no sólo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme a ley, sino, también

43 Ibid. p. 23.

44 Loc. Cit.

45 Loc. Cit.

46 Loc. Cit.

47 Loc. Cit.

y esencialmente, que no puede haber actos de ejecución más que sobre la base de una ley, es decir, autorizados por una ley”⁴⁸.

Después de desarrollar, entre otros temas, su noción de Constitución, así como las clases de inconstitucionalidades que se han mencionado anteriormente, ingresa en firme al estudio de lo que denomina en términos genéricos “garantías necesarias para la protección de la Constitución”⁴⁹, las cuales, según expresa literalmente, “... constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado en relación a la regularidad de los actos estatales en general.”⁵⁰. Vale decir, instrumentos que utiliza el derecho para velar por la regularidad de los actos estatales en general, con el indiscutido propósito de proteger la Constitución. Este último aspecto, constituye un elemento importante para precisar que Kelsen concibe las “garantías” en dos planos: uno general y otro específico. En el primero ubica las “garantías de la regularidad”. En el segundo las “garantías de la constitucionalidad”.

1430

6. Las garantías de la regularidad

Kelsen conceptúa que las denominadas garantías de la regularidad son los medios o instrumentos que aporta la ciencia jurídica para proteger la regularidad de los actos estatales en general, clasificándolas en preventivas o represivas, personales u objetivas.

Considera las garantías preventivas como aquellas que tienen por objeto justamente, “... prevenir la realización de actos irregulares”⁵¹; acotando que las garantías represivas “... reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y, eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular”⁵².

48 Loc. Cit.

49 Ibíd. p. 24.

50 Loc. Cit.

51 Loc. Cit.

52 Loc. Cit.

Afirma que, en lo que hace a las garantías preventivas o represivas debe considerarse, en primer lugar, que la autoridad que crea el derecho debe actuar colegiadamente (en forma de tribunal), en un marco de resguardo a su inmunidad y a su independencia. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta tanto la responsabilidad penal, así como la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad civil de quienes integran un órgano infractor que, por acción u omisión, haya afectado la regularidad.

En cuanto a las garantías objetivas o personales que, según Kelsen, tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, se encuentran la nulidad y la anulabilidad del acto irregular. Al respecto, afirma “La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad⁵³.”

1431

Seguidamente, el maestro Kelsen se refiere al derecho que tienen las autoridades públicas y los particulares de examinar “... en todas las circunstancias, la regularidad del acto nulo, de declararlo irregular y tratarlo, en consecuencia, como inválido y no obligatorio.”⁵⁴. Sin embargo, el derecho positivo limita la posibilidad que un acto afectado de causal de nulidad pueda ser ignorado a priori y obliga a darle un tratamiento de un acto afectado por causal de anulabilidad, lo que conlleva la necesidad de recurrir a un tribunal para que, previa revisión, se pronuncie sobre la causal invocada.

En este orden de ideas, Kelsen apunta “La cuestión de la regularidad o de la irregularidad de los actos de las autoridades no debe ser decidido, sin más, por el súbdito o por el órgano estatal al que dirigen dichos actos con la orden de ser obedecidos, sino por la autoridad misma

53 Ibid. p. 25.

54 Loc. Cit.

que ha realizado el acto cuya regularidad es discutida o por otra autoridad cuya decisión es provocada mediante un determinado procedimiento”⁵⁵.

Por tanto, existe una presunción de legitimidad de los actos de las autoridades públicas, que obliga a recurrir a un procedimiento que permita declarar la invalidez de los mismos.

Kelsen traslada estas reflexiones al ámbito de la regularidad de los diversos grados de la escala normativa y considera que siendo lo más frecuente que los tribunales no puedan realizar un examen de la regularidad de las leyes, se vean obligados a aplicarla, a pesar que pueda existir una situación de ausencia de regularidad, traducida en una inconstitucionalidad formal o de fondo, según corresponda. En tal sentido, considera que es necesario crear mecanismos que permitan la nulidad de los actos jurídicos de creación del derecho que violenten la regularidad y, por tanto, se encuentren afectos a causal de forma o de fondo de inconstitucionalidad, apuntando que la anulación para el caso concreto constituye una limitación que mantiene vigente la norma inconstitucional, por lo que sostiene “La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales se justifica ciertamente en todos los aspectos.”⁵⁶. Agrega “...si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema”⁵⁷.

Continuando en esta línea argumental en esta parte, Kelsen adelanta algunas opiniones al señalar, por ejemplo, que la anulación de la norma debe limitarse al futuro, ser pro futuro, sin dejar de reconocer que algunas circunstancias excepcionales pueden hacer recomendable admitir por excepción una anulación retroactiva; y al defender la tesis de la

55 Loc. Cit.

56 *Ibíd.* p. 27.

57 Loc. Cit.

conveniencia que los actos irregulares sean anulados por una autoridad distinta a la que los realizó.

7. Las garantías de la constitucionalidad

Al referirse a las garantías de la constitucionalidad, Kelsen sostiene que la principal y más eficaz garantía de la Constitución está dada por la anulación del acto inconstitucional, sin que tal afirmación quiera decir que no existen otros medios que persiguen el mismo propósito.

Considera que la garantía preventiva no opera cuando se trata de la constitucionalidad, por cuanto no cabe confiar la legislación a un tribunal, en razón de la organización del órgano legislativo que "... está esencialmente dominada por otros puntos de vista distintos al de la constitucionalidad de su funcionamiento."⁵⁸ Donde decide "... la gran antítesis de la democracia y de la autocracia"⁵⁹.

A contra mano, es de opinión que las garantías represivas si son perfectamente posibles en la defensa de la constitucionalidad, pero que apuntan a la responsabilidad constitucional y civil de los órganos que realizan actos irregulares (inconstitucionales), la cual se traduce en los sujetos que realizan la función, como por ejemplo ocurre con el caso de la responsabilidad ministerial, sobre la que considera que la historia constitucional prueba que no es en sí misma un medio muy eficaz. Agrega al respecto que "... las otras garantías personales son también insuficientes puesto que no atacan la fuerza obligatoria del acto irregular y, en particular, la de la ley inconstitucional."⁶⁰, sentenciando en términos categóricos que la Constitución no está verdaderamente garantizada "... sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible"⁶¹.

Debe rescatarse de lo manifestado en los párrafos precedentes, que para el maestro Hans Kelsen las garantías de la constitucionalidad son

58 *Ibíd.* p. 28

59 *Loc. Cit.*

60 *Ibíd.* p. 29.

61 *Loc. Cit.*

medios de la técnica jurídica para garantizar la regularidad de la normatividad infraconstitucional, creada a través de actos estatales de producción del derecho, realizados generalmente por el poder legislativo; que forman parte de las garantías de la regularidad. Empero, constituyen un nivel de especificidad y concreción de aquellas, desde que las garantías de la regularidad se refieren a los actos estatales en general, mientras que las garantías de la constitucionalidad se refieren a los actos estatales de creación del derecho a partir del grado inmediatamente inferior a la Constitución.

Asimismo, resulta conveniente rescatar que para el profesor Kelsen la manera más eficaz de garantizar la regularidad de los actos de creación del derecho de nivel infraconstitucional es la anulación de aquellos que estén afectos a causal de inconstitucionalidad.

En la línea de desarrollo de las materias comprendidas en el instituto de las garantías de la constitucionalidad y siguiendo el orden temático del propio fundador del control concentrado de la constitucionalidad, se revisan a continuación los aspectos puntuales que se detallarán al hacer referencia al contenido del texto “La garantía jurisdiccional de la Constitución”.

1434

7.1. La jurisdicción constitucional

En este punto, Kelsen es categórico al sostener la absoluta necesidad de conferir el poder anulatorio de la norma inconstitucional a un órgano ajeno al órgano infractor; discrepando, inclusive, de la tesis que sostiene que tal poder anulatorio debe limitarse a la sola declaración de la irregularidad y a la disposición que el órgano infractor anule el acto irregular, porque, según sostiene, “El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida”.⁶²

Insistiendo en la inconveniencia, la incongruencia y la falta de sustento constitucional de que el Parlamento ejerza el control de la

62 Loc. Cit.

constitucionalidad de sus propios actos, en el marco de su subordinación a la Constitución, esboza el fundamento de la creación de una jurisdicción constitucional o justicia constitucional, entendida ésta como el poder o la facultad de ejercer tal control y la organización para objetivarlo, a través de “... un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es a una jurisdicción o tribunal constitucional—”⁶³. Queda claro, por consiguiente, que en la esencia del pensamiento kelseniano, que sustenta la existencia de la jurisdicción constitucional, está la independencia y autonomía de un órgano ajeno al poder legislativo y a cualquier otra autoridad estatal, que posea la atribución de anular los actos de creación del derecho que violenten la normativa constitucional, postulando todo un sistema de control concentrado de la constitucionalidad.

Seguidamente, en la fundamentación de la jurisdicción constitucional, refuta dos objeciones que se plantean contra ella. La primera consistente en una supuesta incompatibilidad con la soberanía del parlamento. La segunda consistente en una aparente incompatibilidad con el principio de la separación de poderes.

1435

Respecto de la primera, cuestiona su fundamento al demostrar que el concepto de soberanía está ligado al orden jurídico y no a un órgano estatal particular, por lo que afirmará que tal “... argumento se desploma sólo por el hecho que debe reconocerse, que la Constitución regula en definitiva, el procedimiento legislativo exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas;...”⁶⁴. Sobre este mismo particular afirmará “Si, contrariamente a estos puntos de vista, se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder público, expresado en el

63 Loc. Cit.

64 Loc. Cit.

órgano legislativo, de no dejarse limitar –en contradicción patente con el derecho positivo– por las normas de la Constitución”⁶⁵.

Con relación a la segunda objeción que, como se ha expuesto, consiste en una supuesta violación al principio de separación de poderes e invasión en el campo del poder legislativo, el maestro Kelsen enfrenta con lucidez dicha objeción y sostiene que existe diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, desde que tienen naturalezas, objetos y fines distintos, por lo que no existe la violación y la invasión referidas. “Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, solo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de uno sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un sólo órgano –concentración que sería no sólo peligrosa para la democracia– sino además para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos”⁶⁶.

1436

En tal sentido, en forma categórica sostendrá “... la institución de la justicia constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino por el contrario, es una afirmación de éste.”⁶⁷ y agregará “La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”⁶⁸.

65 Loc. Cit.

66 *Ibíd.* p. 30.

67 Loc. Cit.

68 Loc. Cit.

En esta línea distinguirá entre lo que denomina actos de confección de las leyes y actos de anulación de las leyes; unos, a cargo normalmente del legislativo, otros a cargo del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional.

En esta distinción halla diferencias importantes, entre las cuales cabe destacar las siguientes: mientras que en el acto de confección del derecho se está ante una libre creación, aunque, en puridad, enmarcada en los parámetros constitucionales, en el acto de anulación se está ante una aplicación de la Constitución; mientras que en el acto de confección se produce positivamente derecho, en el acto de anulación se opera como un legislador negativo, que anula el acto de producción del derecho.

El maestro Kelsen, ingresa luego a hacer una breve referencia a algunos aspectos puntuales que entiende que hay que tener en cuenta en la organización de la jurisdicción constitucional, la cual, según sostiene, “... deberá modelarse según las particularidades de cada...”⁶⁹ Constitución, toda vez que no existe una solución uniforme para todos los casos. Habrá, entonces, que atender a la peculiaridad de cada situación y a las características propias que presente cada caso.

1437

No obstante ello, sostendrá que hay “... algunas consideraciones de alcance y valor generales.”⁷⁰; tales como:

- Número de miembros del tribunal: es de opinión que el número de miembros del órgano de control concentrado de la constitucionalidad no debe ser muy elevado, dada la tarea que les compete.
- Misión: considera que la misión del tribunal constitucional es “... puramente jurídica de interpretación de la Constitución.”⁷¹, lo cual también obliga a considerar un número reducido de miembros.

69 Loc. Cit.

70 Loc. Cit.

71 Ibíd. p. 31.

- Elección: estima que, a pesar de existir varias posibilidades, la elección debe responder a un mecanismo que permita un inter-control entre quien propone y quien decide, por lo que considera que la elección debe correr a cargo del parlamento pero a propuesta del gobierno.
- Composición: dada la naturaleza de la función, que es de carácter netamente jurisdiccional, es recomendable que el tribunal esté conformado por un número adecuado de juristas de profesión.
- Exclusión: siendo los actos de creación del derecho efectuados por el parlamento y aplicados por el gobierno, resulta conveniente excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros de tales entes del Estado, así como alejar toda influencia política.

1438

7.2. El objeto de control de la constitucionalidad

El objeto de control de la constitucionalidad para Kelsen lo constituyen las leyes atacadas de inconstitucionalidad, entendiendo por leyes “... los actos así denominados de los órganos legislativos, esto es, en las democracias modernas, de los Parlamentos centrales o –tratándose de un Estado Federal– locales”⁷².

Empero, Kelsen considera que también deben ser sometidos al control de la constitucionalidad todos aquellos actos que “... acusen forma de leyes, aún si sólo contienen normas individuales, por ejemplo, el presupuesto, o todos los otros actos que la doctrina tradicional se inclina –por una razón u otra– a considerar, no obstante su forma de ley, como simples actos administrativos.”⁷³, así como los reglamentos que posean fuerza de ley y los actos inmediatamente subordinados a la Constitución cuya regularidad consiste exclusivamente en su constitucionalidad.

72 Loc. Cit.

73 Loc. Cit.

En esta parte, reafirma el principio que el control concentrado de la constitucionalidad impone no sólo la existencia de un órgano ad hoc, independiente y autónomo, que con potestad exclusiva y excluyente sea competente para anular las normas inconstitucionales, sino de instancia única; para continuar con un raciocinio que lo lleva a esgrimir que existen dos aspectos que sirven para determinar la competencia de la jurisdicción constitucional, consistentes en la noción pura de garantía de la Constitución y la oposición entre actos generales y actos individuales, dejando expresa constancia que a despecho de la doctrina, en cada caso y de acuerdo a la Constitución correspondiente deberán combinarse estos aspectos. Se enfatiza que la noción pura de garantía de la Constitución lleva a considerar que ésta sólo abarca los actos inmediatamente subordinados a la Constitución. En tanto la oposición entre actos generales y actos individuales de creación del derecho cubren el control de la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos. Con relación a estos últimos, advierte que pueden existir dificultades en lo que toca al contenido de los reglamentos y a su inclusión dentro del ámbito de la justicia constitucional, ya que en algunos existen normas generales y en otros normas individualizadas. Así, recomendará que “Bajo esta reserva, se puede recomendar que se someta al control de la jurisdicción constitucional sólo las normas generales que establecidas exclusivamente por autoridades públicas, trátese de autoridades centrales o locales, de autoridades estatales en sentido estricto, o de autoridades provinciales o municipales.”⁷⁴

1439

7.3. El criterio del control de la constitucionalidad

Al referirse a este tópico, Kelsen se formula dos interrogantes. “¿Cuál será el criterio que aplicará la jurisdicción constitucional en el ejercicio de su control?”⁷⁵ y “¿Qué reglas deberá seguir como base de sus decisiones?”⁷⁶. Para despejar dichas preguntas es necesario determinar el objeto de control, respecto del cual considera que es necesario separar los

74 Ibid. p. 32.

75 Ibid. p. 34.

76 Ibid. p. 35.

actos inmediatamente subordinados a la Constitución de los actos mediatamente subordinados a la Constitución.

En el caso de los actos inmediatamente subordinados a la Constitución conceptúa que el objeto del control es su constitucionalidad. En el caso de los actos mediatamente subordinados a la Constitución es su legalidad. En el primer caso, se está ante la exigencia de regularidad entre la Constitución y el grado inmediatamente inferior, que corresponde a las leyes o normas con rango de ley. En el segundo se está ante la regularidad entre el grado superior y el grado inferior de la normativa infralegal.

En este aspecto, hay que tener en cuenta que tal criterio de control, la constitucionalidad y la legalidad, según correspondan, está referido al procedimiento y al contenido. A la forma y al fondo de los actos objeto de análisis por la jurisdicción constitucional.

7.4. Resultado del control de constitucionalidad

1440

Si el objeto principal del control de la constitucionalidad son las leyes atacadas de inconstitucionalidad y el criterio es el de la constitucionalidad, “... si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular.”⁷⁷ Solo así, si existe realmente una fuerza anulatoria en la sentencia producida por el órgano que ejerce el control concentrado, se habrá logrado la eficacia constitucional y, por ende, se estará ante una garantía de efectividad constitucional.

Dentro del análisis del resultado del control de la constitucionalidad, el maestro Kelsen formula algunos planteamientos sobre los cuales considera que se está ante una materia opinable y, en tal dirección, cabe más de una posición. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se plantea la conveniencia o inconveniencia de autorizar al tribunal a anular los actos por vicio de forma, estimando que lo más conveniente sería dejar en libertad al tribunal y no ingresar en la difícil distinción entre vicios esenciales y no

77 *Ibíd.* p. 37.

esenciales. Lo mismo ocurre en el caso de la conveniencia de establecer un plazo para la declaración de nulidad, teniendo en cuenta la seguridad jurídica; recomendando la determinación de un periodo de tiempo para tal fin; sobre todo cuando se trata de tratados, que serían anulados después de largos años de vigencia.

También plantea el tema de los efectos de la anulación y de la conveniencia, por razones de seguridad jurídica, de no conferirle al tribunal una atribución anulatoria con efecto retroactivo, sin dejar de visualizar que pudiera darse una retroactividad limitada; máxime para casos muy especiales en los que la extirpación de la norma inconstitucional pueda dejar vacíos que es necesario llenar hasta que se apruebe una nueva norma. Sobre este mismo particular, acota que también es opinable el contenido de la resolución, en la consideración que puede tratarse de una norma en vigor o de una ya dejada sin efecto pero aplicable aún a circunstancias y hechos anteriores, considerando que debe abarcarse ambos supuestos, ya que en ningún caso la sentencia deja de tener el carácter de constitutiva y anulatoria.

1441

Concluye esta enumeración de casos opinables, haciendo expresa referencia a la anulación total o parcial de algunas disposiciones de una norma, concordando con el criterio de admitir ambas situaciones.

7.5. El procedimiento del control de la constitucionalidad

Con la prolijidad que caracterizó al principal jurista del siglo XX, ingresa a la cuestión relativa al procedimiento del control de la constitucionalidad preguntándose “¿Cuáles deben ser los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad?”⁷⁸; interrogante que absuelve ordenadamente, empezando por la titularidad de la acción que permite poner en marcha el mecanismo del control concentrado de la constitucionalidad; en otras palabras, de quien o quienes están habilitados para ejercer la acción.

78 *Ibíd.* p. 38.

Al respecto, dice “La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular.”⁷⁹, agregando que “Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción.”⁸⁰, pero rechazando esta titularidad por considerar que entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos.

De otro lado, el maestro Kelsen plantea la posibilidad de autorizar y obligar a las autoridades públicas que tengan la responsabilidad de aplicar alguna norma jurídica sobre la que existan dudas en lo que atañe a su regularidad, a paralizar su accionar y recurrir ante el tribunal constitucional demandando la revisión y anulación de la disposición cuestionada.

1442

En este aspecto, alcanza el planteamiento de facultar a ciertas autoridades para recurrir directamente al tribunal constitucional y reflexiona sobre la posibilidad de facilitar el acceso al recurso de inconstitucionalidad, vía una *actio popularis*, a las partes intervinientes en un proceso judicial o administrativo, contra las resoluciones judiciales o actos administrativos producidos en tales procesos.

También comenta la posibilidad de recoger la institución del defensor de la constitución ante el tribunal constitucional, así como la de conferir titularidad de la acción de inconstitucionalidad a una minoría calificada del parlamento, sin dejar de afirmar que, hablando del procedimiento propiamente dicho, era recomendable, en términos generales, asumir los principios de la publicidad y de la oralidad, no sólo por la naturaleza misma del procedimiento sino por el interés público existente.

En lo que respecta a las materias objeto de comentario, formula la recomendación que la sentencia del tribunal constitucional contenga tanto una parte considerativa como una expositiva, así como, que se

79 Loc. Cit.

80 Loc. Cit.

publique de la misma manera en que fue publicada la norma anulada, como requisito de su entrada en vigencia, contemplando la posibilidad de establecer un plazo para que surta efectos.

8. La significación jurídica y política de la justicia constitucional en Kelsen

Finalmente, Kelsen expone la significación jurídica y política de la justicia constitucional, demostrando que una Constitución sin garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es, en sentido estricto, “... plenamente obligatoria...”⁸¹ técnicamente hablando.

Compara una constitución sin aquella garantía como “... un deseo sin fuerza obligatoria.”⁸² y demuestra la incoherencia existente en el sistema jurídico entre la fuerza obligatoria de las normas infraconstitucionales frente a la timidez existente para abordar el tema de la anulación de tal normativa cuando violenta la Constitución. Sostendrá al respecto “El derecho positivo vela no obstante para que todo acto que esté en contradicción con una norma superior pueda ser anulado, salvo cuando esa norma superior es la propia constitución”⁸³.

1443

En efecto, es totalmente incongruente el desigual tratamiento que se brinda al carácter coercitivo de las normas reglamentarias de la Constitución, frente a la necesidad de una verdadera eficacia constitucional; máxime si se parte del principio que la Constitución, como norma suprema, se encuentra en la más alta jerarquía y que es a partir de ella que decanta el sistema jurídico en sus diversos grados. No se entiende, como admitir desgarnecer a la Constitución frente a una normativa que pueda convertirla en un simple papel. Así, sostendrá “Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que confiere a la Constitución cuando se somete su revisión a un procedimiento agravado”⁸⁴.

81 *Ibíd.* p. 40.

82 *Loc. Cit.*

83 *Loc. Cit.*

84 *Ibíd.* p. 41.

Por consiguiente, está en la esencia misma de la Constitución la exigencia de lograr su plena eficacia, para lo cual es imprescindible garantizar su vigencia a través de la cautela de la regularidad, que no es otra cosa, en el plano normativo, que el resguardo de la constitucionalidad⁸⁵. No habrá posibilidad de garantizar una completa vigencia de la normativa constitucional sino se recurre al control de la constitucionalidad y, especialmente, al control concentrado, que permite eliminar con carácter general aquellas disposiciones que infringen la Constitución. Se está entonces ante un mecanismo que tiene que ver directamente con la supremacía constitucional y, concordante con ello, con los principios y valores que informan la Constitución, que, en última instancia permitirá según el maestro Kelsen "... una garantía de paz política en el Estado"⁸⁶.

⁸⁵ No debe olvidarse que la constitucionalidad, además de principio esencial y valor vital del Estado Constitucional, es primordialmente un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 43.

Formazione, selezione, ruolo e organizzazione

La complessa figura
del Dirigente dell'ufficio giudiziario requirente*

✍ GIUSEPPE CAMPANELLI**

1. Premessa: il contesto attuale tra quadro normativo e ordinamentale

Le vicende, ormai note che, dal giugno 2019, hanno patologicamente riguardato la magistratura italiana e il suo organo di garanzia hanno preso le mosse dalla nota questione del conferimento dell'incarico direttivo di procuratore capo della procura di Roma, ossia l'attribuzione della funzione di dirigente di uno degli uffici giudiziari requirenti più importanti del nostro ordinamento.

1445

A partire dalla macro-riforma del 2005-2006, l'attenzione si è sempre concentrata sugli organi requirenti, registrando spinte politiche diversificate, orientate, da un lato, a preservare le prerogative e a tutelare l'autonomia e l'indipendenza dei pubblici ministeri e la figura del procuratore capo, dall'altro, a ridimensionarne fortemente il ruolo e, infine, secondo un'ulteriore e assai discutibile sintesi, a valorizzare gerarchicamente la posizione del dirigente dell'ufficio requirente a scapito dei suoi sostituti.

* Caro Professore, la scelta dell'argomento di questo lavoro, come immagina, non è assolutamente casuale. Da un lato, infatti, mira a dimostrarle che, a differenza di quanto ricordava, io non mi ero direttamente occupato del tema, dall'altro, però, costituisce un modo, nell'omaggiarla, per ringraziarla, come sempre, di avermi suggerito lo studio e l'approfondimento di una questione così interessante.

** Professore di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa - Italia.

Quest'ultima tendenza, che ha trovato riscontro, non solo nella normativa primaria, ma anche e soprattutto nella paranormazione del Consiglio superiore della magistratura, ha evidentemente sovraccaricato la posizione e, dunque, le funzioni del procuratore capo e, di conseguenza, ha comportato una patologica ricerca di controllare e indirizzare le nomine dei dirigenti di questi specifici uffici giudiziari.

In quest'ottica sono altresì emerse le criticità del sistema normativo e soprattutto l'inaccettabile snaturamento della vera essenza dell'associazionismo, in generale, e delle correnti, in particolare, all'interno della magistratura, passate da una attivazione e uno sviluppo esclusivamente culturali, secondo fasi finalizzate cioè a scoprire e valorizzare i nuovi contenuti innovativi della Costituzione (PIZZORUSSO 1982) ad una mera logica di spartizione dei posti.

1446

Di fatto, non è stato più possibile, come invece si pensava, "assicurare che il pluralismo di tendenze che necessariamente esiste nella magistratura come nel paese non comporti il trasferimento nell'attività giudiziaria delle deteriori forme di lotta che caratterizzano una società sempre più spesso governata secondo le esigenze più basse della politica partitica" (PIZZORUSSO 1992).

Si è assistito a quella che può essere definita una "manipolazione" patologica dei valori fondanti il nostro modello di ordinamento giudiziario, in un clima di distruzione dei principi di cui ora si raccolgono, con estrema difficoltà, i cocci.

Negli ultimi quindici anni, in un contesto contraddistinto da un difficile e conflittuale rapporto tra giustizia e politica (ROMBOLI 2007), hanno assunto dunque fondamentale importanza gli uffici requirenti, quali destinatari di una espressa volontà di ridimensionamento e, dunque, di maggior controllo e intorno a questi ultimi si sono rivolte le attenzioni del legislatore.

Si è registrata, dunque, una specifica tendenza in base alla quale il richiamato ridimensionamento della figura dei pubblici ministeri è avvenuto attraverso una maggiore gerarchizzazione della loro posizione

rispetto a quella del procuratore capo, quale dirigente responsabile “delle attività di amministrazione della giurisdizione” (PIZZORUSSO 1982).

Non si tratta di rievocare orientamenti molto risalenti quali quelli espressi dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 52/1976 in materia di tutela dell'indipendenza del pubblico ministero (la Corte sosteneva che “a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso” (DAGA 1976), ma credo sia necessario comprendere come le iniziative legislative a partire dal dlgs. 106/2006 (disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero) si siano orientate a consolidare e rafforzare la posizione gerarchica del dirigente rispetto ai suoi sostituti, senza dimenticare, secondo un profilo più pratico, la connessa spinta verso l'implementazione delle capacità organizzative, quasi manageriali, come si vedrà, del capo ufficio, registratasi con la previsione dell'art. 26 *bis* nel dlgs. 26/2006 istitutivo della Scuola superiore della magistratura (a proposito dei corsi di formazione per il conferimento degli incarichi direttivi di primo e secondo grado).

1447

Tale volontà di rendere quasi “dominante” la posizione del dirigente dell'ufficio requirente si è poi ulteriormente accompagnata ad un'intensa attività di regolamentazione del Consiglio superiore della magistratura che si è occupato, non solo della formazione, ma anche e soprattutto della selezione (con il Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria del 2015) e della organizzazione con le delibere del 2007 e del 2009, con la circolare del 2017 e con l'ultima, del dicembre 2020 (Circolare sulla Organizzazione degli Uffici di Procura), che pare porsi, però, in controtendenza rispetto al trend precedente.

L'effetto di questo sovraccarico di regolazione è stato, *in primis*, quello di una spasmodica e assolutamente ingiustificabile “attenzione” nella scelta del conferimento dei direttivi, attenzione non tanto calibrata sulla fisiologica valutazione di merito, ma sulla patologica assegnazione per appartenenza.

L'ulteriore conseguenza è stata poi quella di produrre un significativo contenzioso dinanzi al giudice amministrativo che, in diverse occasioni, ha ribaltato le deliberazioni del Consiglio superiore, fino a giungere ai noti eventi, quelli più recenti, che hanno condotto ad una radicale e profonda riflessione in merito alla reale tenuta dei valori fondanti e dei principi ispiratori del modello generale ordinamento giudiziario.

Sullo sfondo si sono mossi poi ulteriori e ripetuti tentativi di riforma alimentati, per un verso, da una inopportuna ragione giustificativa di tipo esclusivamente punitivo e, per altro verso, da una necessaria, e non rinviabile, volontà di modificare la situazione attuale.

Per questo motivo, il presente lavoro intende brevemente ragionare su tale sistema complesso e, più in particolare, riflettere sul ruolo del dirigente dell'ufficio giudiziario requirente secondo tre parametri principali di analisi che sono la formazione, la selezione e la più recente regolamentazione in materia di organizzazione.

1448

Questi aspetti, tra l'altro, sono connessi tra loro e collegati al filo rosso delle riforme. Su questi profili, infatti, si innesta e si concentra la volontà di intervento del legislatore, da un lato, e dello stesso CSM dall'altro (senza dimenticare che le riforme in discussione intendono incidere fortemente anche sullo stesso Consiglio, ROMBOLI 2020).

2. La formazione del Dirigente dell'Ufficio giudiziario requirente: la difficile qualificazione del ruolo

Un primo aspetto rilevante, relativo alla concreta portata, attuale e futura del ruolo del dirigente di un ufficio giudiziario, riguarda la sua formazione quale passaggio preliminare e determinante per poter concorrere al conferimento dell'ufficio direttivo.

Sul punto va segnalato, in primo luogo, come, da un lato, il profilo della formazione sia da trattare come elemento comune e trasversale che si applica sia ai dirigenti degli uffici requirenti sia a quelli giudicanti, non essendoci alcuna significativa distinzione.

Dall'altro lato, però, la disciplina vigente, alla luce delle posizioni registrate nel contesto della riforma, consente di analizzare la prospettiva

verso la quale si intende spingere la figura del dirigente giudiziario, non trascurando la delicatezza e la peculiarità di quello posto alla guida di un ufficio requirente.

Il tema non è nuovo, nel senso che ciclicamente ci si è posti il problema e, infatti, già nel 1998, il CSM, con il Quaderno 103 “Settimane di formazione dedicate ai dirigenti degli uffici giudiziari”, poneva all’attenzione, appunto, il tema della formazione e del ruolo del dirigente, ma, evidentemente, il momento attuale impone una rinnovata riflessione.

Oggi, in merito a tale profilo, il dibattito si fonda sulla corretta qualificazione della posizione del dirigente giudiziario, intendendo quest’ultimo come una figura in continua evoluzione che si associa a termini, anche intesi in senso provocatorio, quali manager, gestore, burocrate.

L’aspetto in esame, al fine di poter proporre una prima, parziale conclusione, può essere visto sotto due prospettive principali, ossia lo stato attuale e le ipotesi di riforma.

Per ciò che concerne la regolamentazione vigente, la formazione, dal punto di vista formale, è considerata una preconditione, un presupposto che il magistrato deve conseguire e possedere al fine di aspirare al conferimento di un incarico direttivo di primo o secondo grado.

Per questo motivo va ricordata l’importanza attribuita sia all’art. 26 *bis* del dlgs. 26/2006 sia all’art. 42 del Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria.

La disposizione, contenuta nella fonte primaria dedicata alla Scuola superiore della magistratura, è stata inserita nel 2009 e, come noto, stabilisce i contenuti dei corsi di formazione per i magistrati requirenti e giudicanti che aspirino all’attribuzione di incarichi direttivi. In altre parole, il legislatore ha inteso determinare le competenze che il magistrato, che compete per tale conferimento, deve dimostrare di possedere.

Ricorrono i richiami a “gestione” e “organizzazione” secondo diverse declinazioni che si concentrano intorno alla corretta conduzione dell’ufficio. Le capacità organizzative, valutate al livello della Scuola della

magistratura, sono poi prese in considerazione dal CSM al momento di esercitare la funzione di conferimento.

In questa direzione l'art. 26 *bis* va letto in connessione con l'art. 42 del Testo Unico sulla dirigenza, posto che quest'ultimo specifica che, alla data fissata dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione al concorso per il conferimento di incarichi direttivi, il magistrato deve aver partecipato al relativo corso di formazione per aspiranti dirigenti (come, tra l'altro già previsto dall'ultimo comma dell'art. 26 *bis* del dlgs. 26/20006).

È evidente la volontà di combinare l'aspetto sostanziale della formazione con quello procedimentale del possesso dei requisiti idonei, ai fini della domanda per concorrere all'attribuzione dell'incarico.

1450

Fin qui non si pongono particolari problemi nella misura in cui la norma è chiara e la sua *ratio* si fonda, non solo sulla frequenza meramente formale del corso, ma anche e soprattutto sull'adesione culturale connessa alla sua partecipazione. Il problema, nella sua estrema semplicità, sta nel fatto che il corso di formazione dovrebbe essere percepito, non come un presupposto da possedere per entrare nel campo di applicazione dell'art. 42 del T.U., ma, soprattutto alla luce del contesto attuale, quale *occasio* per approfondire, discutere, riflettere acquisire gli strumenti idonei per essere considerato un serio aspirante al conferimento. Gli eventi avvenuti smontano totalmente questa costruzione "teorica", ma mi pare quanto meno necessario segnalare come, invece, la Scuola della magistratura creda fermamente nell'essenza della formazione quale fattore di crescita dell'aspirante dirigente. Tale aspetto emerge dalle stesse linee di indirizzo della Scuola in materia di corsi di preparazione all'esercizio delle funzioni di dirigente degli uffici giudiziari. In questa direzione è rivolta grande attenzione, in primo luogo, al riconoscimento del dirigente all'interno della giurisdizione intesa come organizzazione complessa. Nondimeno assume particolare rilievo, ai fini della formazione, l'analisi della dirigenza secondo le accezioni di "partecipata", "relazionale", "integrata" e, dunque, pienamente calata nel contesto e in continuo raccordo con i componenti l'ufficio, prospettiva, quest'ultima, di particolare delicatezza se parametrata agli uffici requirenti.

Rispetto a quanto fin qui descritto, con riguardo al sistema normativo vigente, si innestano poi le ipotesi di riforma che consentono, invece, di interrogarsi sulle prospettive e quindi di chiedersi dove si intenda collocare e, per l'effetto, come qualificare la posizione del dirigente giudiziario.

Il dato più immediato è costituito dall'ormai noto disegno di legge di iniziativa governativa (*Disegno di legge recante deleghe al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati, e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*) presentato dall'allora Ministro della giustizia Bonafede e, attualmente, transitato in Parlamento (A.C. 2681), dove si attendono di conoscere le proposte emendative, all'esito dei lavori della Commissione nominata dall'attuale Ministra Cartabia.

Nello specifico, mentre si può sicuramente salutare con favore, l'ampliamento dell'ambito della formazione attraverso il richiamo all'integrazione con lo studio e la conoscenza della materia ordinamentale, appare particolarmente innovativo e dunque necessariamente destinato a qualche riflessione, il riferimento alle "competenze manageriali" richieste all'aspirante dirigente.

1451

Mi pare che questo requisito snaturi la *ratio* e l'essenza del responsabile di un ufficio giudiziario o meglio ne alteri la visione tradizionale, connessa ai valori costituzionali fondamentali. In altre parole, ritengo che, considerando come già l'attuale dato normativo vigente richieda una particolare capacità organizzativa e gestionale, soprattutto in uffici giudicanti o requirenti complessi, l'espresso richiamo al dirigente come manager tenda a sminuire il dato culturale, intorno al quale si dovrebbe costruire, partendo dalla formazione, la credibilità e la legittimazione, sia interne sia esterne, del capo di un ufficio.

Riferendoci all'aspetto culturale, si vuole far rivivere quella dottrina tradizionale, ma, sempre, assolutamente attuale, attenta alla valorizzazione e alla protezione, da parte del dirigente dell'ufficio, dei valori costituzionali,

come prioritari rispetto alla centralità di un'efficienza esclusivamente manageriale, tra i quali, sicuramente, il principio di precostituzione del giudice naturale per legge, capace di escludere la discrezionalità gestionale e di proteggere l'imparzialità e la professionalità all'interno dell'ufficio giurisdizionale (PIZZORUSSO 2019, ROMBOLI 1981).

Infine, per chiudere il passaggio relativo alla formazione del dirigente, con riguardo alla riforma in discussione, ai fini dell'accesso alle procedure valutative per il conferimento di uffici direttivi, posta la previsione di un corso della durata di tre settimane, non appare completamente chiara la portata della ipotizzata prova finale il cui esito è oggetto di specifica valutazione da parte del CSM (sul punto si veda il Dossier n. 106 del Servizio studi della Camera dei deputati sulla riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura del 12.5.2021). Nel caso di specie non si comprende pienamente se il fine ultimo sia quello di aggravare la procedura prodromica alla partecipazione nell'ambito della selezione o, invece, aumentare la discrezionalità valutativa del Consiglio superiore.

1452

3. La selezione dei dirigenti. Le evidenti criticità del Testo Unico sulla dirigenza e il conferimento dei direttivi attraverso le “nomine” del giudice amministrativo.

Un altro parametro essenziale per comprendere il ruolo attuale del dirigente giudiziario e, in particolare, la peculiarità di quello di un ufficio requirente, riguarda la sua selezione. Intorno alla procedura di conferimento degli uffici direttivi e, ad esempio, come noto, con riguardo a quanto avvenuto rispetto all'assegnazione della Procura presso il Tribunale di Roma (tra l'altro, al momento in cui si scrive, si tratta di questione ancora aperta, sulla base del contenzioso non ancora definito. V., a titolo esemplificativo Tar Lazio, sez. I, 16.2.2021, n. 1866; Consiglio di Stato, sez. V, sentt. 11.5.2021, nn. 3712 e 3713), si è sviluppato il dibattito sulla reale tenuta del sistema e sulla sua necessità di cambiamento.

Alla luce del contesto sopra descritto, si è percepita una crescente e patologica attenzione rispetto alla procedura della scelta dei dirigenti degli uffici requirenti, legittimando, da un lato, le critiche relative alla normativa

esistente, in quanto troppo orientata alla gerarchizzazione e al riconoscimento di una posizione dominante del vertice di un ufficio requirente, rispetto ai componenti il medesimo, e, dall'altro lato, alimentando quell'inaccettabile "gioco delle correnti", teso a riuscire a far prevalere, il più delle volte, un certo candidato, a prescindere da una valutazione oggettiva sul merito, ma sulla base di una logica di appartenenza correntizia.

Sul punto, per ragioni di spazio e per evitare di ritornare su aspetti già ampiamente trattati, si ritiene di dover prescindere totalmente dai fatti di cronaca, rimanendo su dati oggettivi secondo una prospettiva orientata, anche in questo caso, come in quello della formazione, alla valutazione di possibili modifiche.

Il punto di partenza è rappresentato, di nuovo, dal raccordo tra la normativa primaria (dlgs. 160/2006) e la densa regolamentazione definita attraverso l'esercizio delle competenze da parte del CSM (Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria di cui alla circolare 14858/2015) (ZANON - BIONDI 2019 e 2020).

1453

Il risultato dovrebbe essere costituito da un sistema piuttosto complesso in grado di assicurare la corretta selezione del dirigente giudiziario e, per quello che ci interessa, di un ufficio requirente, in virtù di una efficace valutazione comparativa. Quest'ultima dovrebbe fondarsi, infatti, sul merito e, dunque, sulla verifica delle attitudini direttive secondo indicatori generali e specifici a seconda della tipologia e della dimensione degli uffici messi a concorso.

Utilizzo sempre il condizionale, non per acclarare l'incertezza delle regole relative al procedimento, ma per evidenziare la distonia tra la procedura formale e l'applicazione pratica. Giova ricordare, ancora una volta, che la volontà di segnalare la distanza tra forma e sostanza non trova volutamente fondamento nel recente "gossip" sulle nomine dei direttivi o nelle chat o nei libri che le trascrivono. Sono contesti ormai purtroppo noti a tutti, che non appassionano e il continuare a ricordarli alimenta solo una perdurante, morbosa, curiosità che invece va stigmatizzata, in favore di una visione più generale, fondata su dati oggettivi e orientata verso un *modus procedendi* costruttivo e propositivo, volto verso ipotesi di radicale cambiamento.

Rispetto a questo assetto, vorrei in primo luogo evidenziare come, a mio parere, le regole descritte identifichino un modello di scelta, astrattamente idoneo ad individuare il dirigente di un ufficio giudiziario più meritevole, ma oggettivamente piegato alle storture degli accordi, e delle compensazioni.

Tale considerazione investe, inevitabilmente, il ruolo del CSM e il sindacato sulle sue deliberazioni. Si riscontra una profonda distanza tra l'intento di cui alla normativa primaria, la disciplina del Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria e gli orientamenti emersi nella giurisprudenza amministrativa.

Quest'ultima, pur partendo sempre, da un lato, dal riconoscimento della peculiare posizione costituzionale del CSM (Cons. Stato, sez. IV, 11.2.2016, n. 597), e dall'altro, dall'affermazione secondo cui lo stesso non è organo politico, ma di alta amministrazione di rilievo costituzionale (Cons. Stato, sez. V, 11.5.2021, n. 3712) ha però poi sempre confermato come tale constatazione non impedisca la sottoposizione degli atti del Consiglio allo scrutinio di legittimità del giudice amministrativo. In questa logica di temperamento tra rispetto del ruolo e margine di controllo delle decisioni dello stesso, la giurisprudenza amministrativa ha inciso in maniera quasi decisiva sull'attribuzione di alcune nomine a dirigente di importanti uffici requirenti, a dimostrazione del fatto che, posto il particolare interesse su questa tipologia di incarichi direttivi, le regole formali non sono riuscite a bilanciare gli interessi correntizi. Ciò ha consentito un sempre più ampio sindacato giurisdizionale di legittimità sulle deliberazioni consiliari nella misura in cui lo stesso garantisce la verifica "del corretto e completo apprezzamento dei presupposti giuridico-fattuali costituenti il quadro conoscitivo considerato ai fini della valutazione, la coerenza tra gli elementi valutati e le conclusioni cui è pervenuta la deliberazione, la logicità della valutazione, l'effettività della comparazione tra i candidati, la sufficienza della motivazione" (così Cons. Stato, sez. IV, 11.2.2016, n. 607).

La recente giurisprudenza sembra alimentare alcuni profili di interesse, il primo dei quali è più generale, di sistema e permette di affermare

come l'analisi dell'andamento delle decisioni dei giudici amministrativi dimostri come i dirigenti spesso non sono scelti sulla base della proposta della V commissione e della deliberazione del Plenum del CSM, ma dipendono quasi esclusivamente dalle decisioni del Tar Lazio prima e del Consiglio di Stato poi che, in molti casi, ribaltano completamente le determinazioni dell'organo consiliare (CAMPANELLI 2019).

La giustizia amministrativa ha messo fortemente in crisi la legittimità delle procedure di conferimento dei direttivi ai dirigenti degli uffici giudiziari e, in particolare, di quelli *requirenti*, verso i quali si è maggiormente concentrata la logica di spartizione delle correnti.

Alla luce di tale ultima affermazione sorge però un dubbio. Delle due l'una. O, negli ultimi anni, l'operato del CSM è risultato illegittimo perché improntato sempre e comunque a criteri eccessivamente discrezionali e soggettivi finalizzati a favorire l'appartenenza del candidato alla corrente, esautorando, di fatto, la portata del merito e questo mi sembrerebbe davvero eccessivo e inaccettabile. Oppure i problemi, oltre che nell'atteggiamento non sempre "rigoroso" del CSM, risiedono anche nel sistema delle regole applicabili e, allora, non hanno funzionato neanche i parametri del Testo Unico sulla dirigenza, con l'effetto di ritenere non più rinviabile una sua riforma.

1455

Sull'ultimo punto giova ricordare, ad esempio, come sia costante la contestazione, proveniente dalle decisioni dei giudici amministrativi sul valore formale da attribuire al Testo Unico sulla dirigenza. Più volte, infatti, il Consiglio di Stato ha ribadito che quest'ultimo non è un atto normativo ("difettando la clausola legislativa a regolamentare ed essendo comunque materia riservata alla legge" ex art. 108, primo comma, Cost.), ma un mero atto amministrativo, definito di "autovincolo", che può avere effetti sull'esercizio della discrezionalità del Consiglio "a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire soltanto una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo" (v. Consiglio di Stato, sez. V, 2.8.2019, n. 5492; 21.5.2020, n. 3213).

È evidente come, difettando la selezione, non si possa pretendere di individuare i dirigenti migliori o, semplicemente, i più meritevoli, a meno di non passare, per un verso, da un difficile temperamento tra la doverosa autonomia valutativa del CSM, la sua discrezionalità, la necessaria protezione del potere di autodeterminazione da un lato e il margine di intervento, spesso assai incisivo, del sindacato giurisdizionale amministrativo dall'altro e, per altro verso, da una significativa riforma.

Quest'ultima, come risulta dal già ricordato progetto presentato e ora in fase di modifica, non può, però, limitarsi ad incidere soltanto sui parametri e dunque sul Testo Unico, andando cioè a toccare gli indicatori specifici e quelli generali per la scelta dei dirigenti.

1456

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha chiaramente “de-rubricato” il valore formale del Testo Unico, con l'effetto di far emergere la necessità che la riforma vada anche a rafforzare la credibilità del CSM nell'esercizio di quella funzione, potenziandone la discrezionalità, seppur parametrata a regole oggettive in cui ovviamente permane un margine di apprezzamento sul merito senza “derive” patologica e interessi particolari. In questo senso credo che la riforma, come sembra potersi ricavare dal testo al momento disponibile, debba anche ragionare sulle modalità di composizione delle Commissioni, sul controllo relativo alla fase istruttoria rispetto alle domande degli aspiranti dirigenti, sulle audizioni obbligatorie, almeno per gli uffici requirenti molto grandi, sulla cura della motivazione, fattori che dovrebbero concorrere a limitare se non proprio eliminare anche soltanto la presunzione dell'eccesso di potere.

4. L'organizzazione: le più recenti tendenze alla ricerca di un nuovo “modello” di dirigente dell'ufficio giudiziario (con particolare riferimento alla più recente circolare sull'organizzazione degli uffici di procura)

Dopo aver ragionato sulle particolarità relative alla formazione e alla selezione del dirigente di un ufficio giudiziario, evidenziando la peculiare attenzione che riveste quello di un ufficio requirente e ipotizzando

che queste “precondizioni” abbiano funzionato, o in forza di una più corretta applicazione da parte del CSM, o in virtù dell’intervento correttivo del giudice amministrativo o, più semplicemente, alla luce delle ricordate ipotesi di riforma, la conclusione di questa breve riflessione deve concentrarsi sul tema dell’organizzazione.

Dal punto di vista organizzativo, infatti, si tratta di comprendere cioè con quale modello di dirigente giudiziario abbiamo a che fare, ancora una volta calibrando l’interesse sugli uffici requirenti anche solo per il fatto che questi ultimi sono stati oggetto di interventi ricadenti, appunto sull’assetto organizzativo, molto diversi tra loro e che hanno necessariamente inciso sulla figura del dirigente.

La corretta qualificazione del modello di dirigente di un ufficio requirente ruota in modo inevitabile intorno a più variabili, tuttavia ciò che rileva sono le possibili prospettive attraverso le quali valutare la sua posizione e il suo ruolo nel quadro normativo e ordinamentale, poiché, fermo restando il parametro organizzativo quale criterio prevalente, al variare della prospettiva cambia anche il modello di dirigente o cambiano le valutazioni sulle tendenze che lo caratterizzano.

1457

Da un punto di vista ricostruttivo, vale la pena partire da una prospettiva storica che fa emergere la essenzialità del modello di dirigente, secondo la quale “i capi degli uffici giudiziari esercitano, oltre alle funzioni giudiziarie proprie dei loro uffici, attività di amministrazione della giurisdizione (...). L’esercizio di tali funzioni, un tempo sottoposto al potere gerarchico del ministro, si svolge ora sotto il controllo del Consiglio superiore, il quale tuttavia interviene quasi esclusivamente in seguito a reclami, non essendo concepibile un controllo sistematico su una così ampia massa di provvedimenti” (PIZZORUSSO 1982).

Tale visione, pur risalente nel tempo, testimonia una, almeno apparente, semplicità del ruolo anche in considerazione di un assetto normativo molto scarno che poggiava quasi esclusivamente sull’autonomia del dirigente, sulla eventuale interazione con il CSM e su un ruolo di direzione e amministrazione degli uffici quasi esclusivamente calibrato sul tabellare.

Di contro, ragionando sul modello attuale, il ruolo organizzativo del capo ufficio è molto più complesso per ciò che concerne le attività e gli ambiti di intervento, pur restituendo l'idea di un dirigente burocrate, un mero gestore, in altre parole quello che la riforma in discussione potrebbe identificare come un "super manager".

La sensazione descritta deriva dal fatto che, secondo una prospettiva prettamente tecnica, si può arrivare ad affermare che il dirigente moderno potrebbe dover garantire e dunque maneggiare il Codice dell'organizzazione, che il CSM ha assemblato in due volumi. Secondo il Consiglio questo codice responsabilizza il dirigente, perimetrando gli ambiti di intervento e segnando il passaggio "da una concezione statica e burocratica dell'organizzazione che sostanzialmente coincideva con il diritto tabellare, a una concezione aperta e dinamica, espressione di sinergie istituzionali e sociali".

1458

In realtà, scorrendo il Codice si perde questa "vena" di dinamismo a favore di un aggravio di funzioni in base alle quali il dirigente può doversi confrontare con cinque parti, tante quante sono quelle in cui è organizzato il codice e ventidue ambiti di intervento.

Questa prospettiva, forse eccessivamente tecnica, restituisce un modello di dirigente forse efficiente, sicuramente di stampo manageriale, ma impedisce di considerare il ruolo secondo una prospettiva più di sistema che, tenuto conto soprattutto del clima attuale, possa recuperare e valorizzare il piano culturale, il ruolo personale del capo dell'ufficio, il *primus inter pares* che può e deve attingere ai principi costituzionali per contribuire alla percezione di un dirigente consapevole del patrimonio di valori esistente.

Nel mezzo di queste due prospettive, che testimoniano l'esistenza di posizioni opposte rispetto alla qualificazione del modello di dirigente, si collocano poi quelle relative agli uffici requirenti che, nel corso degli anni, come ricordato all'inizio, hanno risentito della forte volontà politica di ridimensionare il ruolo dei pubblici ministeri, con l'effetto di dover per forza di cose potenziare la gerarchizzazione e, dunque, un maggior controllo del procuratore capo nei confronti dei suoi sostituti.

Non siamo ovviamente dinanzi ai rapporti meramente di carattere amministrativo tra titolari dell'ufficio e "dipendenti magistrati" come sosteneva la Corte costituzionale nella sentenza 52/1976, ma, almeno a partire dal già menzionato dlgs. 106/2006, si rileva un oggettivo potenziamento delle prerogative del capo dell'ufficio requirente rispetto e a discapito dei colleghi. Nelle procure, a differenza dei tribunali, si avverte molto di più la figura del procuratore quale *dominus*, con riferimento alla fissazione dei criteri di organizzazione dell'ufficio e, soprattutto, per ciò che attiene l'assegnazione dei procedimenti, la determinazione delle tipologie dei reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica (art. 1, comma 6, lett. a, b e c del Dlgs. 106/2006), nonché con riguardo alle dinamiche proprie della titolarità dell'azione penale o in materia di misure cautelari (artt. 2 e 3 del medesimo decreto).

Con le risoluzioni del 2007 e del 2009, ma soprattutto con la circolare sulla organizzazione degli uffici della procura del 2017, si registra un'ulteriore tendenza secondo la quale, fermo restando il dato normativo e, dunque, la centralità gerarchica del dirigente dell'ufficio requirente, si assiste ad una spinta parallela che, nell'ambito della giustizia costituzionale, definiremmo di "riaccentramento" del ruolo dell'organo. Il CSM, con la sua attività di regolamentazione secondaria, e, in particolare, con la circolare del novembre del 2017, si indirizza verso un recupero della propria funzione di controllo, creando maggiori occasioni di "contatto" con gli uffici requirenti.

1459

L'ultima e più recente tendenza in materia di organizzazione e, dunque, in tema di definizione del ruolo del dirigente dell'ufficio requirente, coincide con la circolare del 16 dicembre 2020 che modifica non solo i contenuti, ma anche il trend emerso con la precedente circolare del 2017.

Si prevedono, per i capi ufficio, regole piuttosto vincolanti con riguardo all'organizzazione complessa e alla conduzione delle indagini. La *ratio* di questa accentuata formalizzazione andrebbe ricercata nella volontà di ridefinire i parametri dell'attività dirigenziale dei procuratori, secondo la linea di un ridimensionamento della loro posizione all'interno dell'ufficio.

Questa nuova visione della figura del dirigente trova riscontro in alcune, espresse, direttrici di riferimento che incidono sulla responsabilità delle scelte organizzative.

Tra queste ultime preme segnalare l'identificazione dello strumento dell'interpello quale mezzo primario da utilizzare a fini organizzativi, il metodo partecipato quale metodo necessario per l'adozione del progetto organizzativo, la riserva, anche al Procuratore capo, dello svolgimento di ulteriori funzioni giudiziarie e la previsione del medesimo obbligo di svolgimento di una quota di concreto lavoro anche in capo ai procuratori aggiunti, la necessità di adottare adeguata e specifica motivazione nel caso di spostamento o deroga rispetto ai criteri automatici di assegnazione degli affari, la espressa qualificazione del "visto" quale "manifestazione delle competenze organizzative del dirigente e quindi come strumento di conoscenza e informazione sulle attività dell'ufficio.

1460

Quello che risulta evidente dall'enunciazione delle direttrici, caratterizzanti la complessa circolare in esame, è l'emersione di una accentuata burocratizzazione delle funzioni dirigenziali requirenti. Tale aggravio di forme sembra trovare un concreto bilanciamento in altre e diverse esigenze, orientate a garantire una effettiva trasparenza e imparzialità nelle scelte organizzative, con l'effetto ulteriore di limitare la discrezionalità decisionale che rimane, ma mediata da dinamiche connesse alla motivazione dei provvedimenti e alla condivisione delle scelte e, riservando, comunque al CSM "la verificabilità del corretto esercizio del potere organizzativo e della funzionalità delle scelte" (così dalla Relazione Introduttiva alla Modifica alla Circolare sulla Organizzazione degli Uffici della Procura di cui alla delibera del 16 dicembre 2020).

In conclusione, si registra una effettiva difficoltà nell'individuare un modello di riferimento posto che, ferme restando le scelte normative di carattere primario, si riscontra, invece, una certa fluttuazione nelle dinamiche consiliari che si indirizzano verso tendenze molto diverse e, in alcuni casi, di difficile coordinamento tra loro, con l'effetto di non riuscire ad identificare parametri certi di delimitazione del ruolo del dirigente in generale e di quello dell'ufficio requirente in particolare.

Se è vero, dunque, che l'interazione tra formazione, legittima selezione e organizzazione costituisce la corretta connessione tra gli elementi costitutivi del modello di dirigente, gli stessi parametri possono essere percepiti come *genus* al cui interno si trovano *species* e dunque contenuti molto variabili a seconda della stagione delle riforme nella quale si innestano. Sullo sfondo rimane il più volte richiamato aspetto culturale che dovrebbe permeare la vita professionale del dirigente, con un'accezione quasi etica e deontologicamente responsabile, valori, al momento, assolutamente non scontati.



Bibliografia

1. CAMPANELLI G. *Il Csm e il conferimento degli incarichi direttivi*, in *Foro it.*, 2019, V, 82 ss.
2. DAGA L. *Continua la crisi di identità del pubblico ministero: ufficiale del P.M. o magistrato?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, n. 4, p. 561 e ss.
3. PIZZORUSSO A. *L'Organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982.
4. PIZZORUSSO A. *Commento all'art. 108 Cost.*, Bologna-Roma, 1992.
5. PIZZORUSSO A. *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019, 507 ss..
6. ROMBOLI R. *Il giudice naturale*, Milano, 1981.
7. ROMBOLI R. *La "crisi della legge" nell'evoluzione del rapporto tra "diritto politico" e "diritto culturale". L'attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni*, Città del Messico, 2007, 337 ss.
8. ROMBOLI R. *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 25.5.2020.
9. ZANON N. Biondi F. *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, spec. 49 ss.
10. ZANON N. Biondi F. (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano, 2020, spec. 7 e ss., 19 ss. e 67 ss.

La riforma dell'ordinamento giudiziario nel disegno di legge Bonafede del settembre 2020

✍ FRANCESCO DAL CANTO*

1. Premessa

Il disegno di legge Bonafede (A.C. 2681), presentato alla Camera dei deputati il 28 settembre 2020 ed attualmente in discussione in Commissione Giustizia in sede referente¹, dispone la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e introduce nuove norme in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura.

1463

Il testo si compone di 6 Capi e di 41 articoli. Sebbene il principale obiettivo che ha mosso i proponenti sia stato quello di riformare la legge elettorale per il rinnovo dei componenti togati del C.S.M., all'indomani della grave crisi di legittimazione che ha investito tale organo dopo gli scandali dell'estate del 2019, si tratta di una riforma vastissima, che tocca numerosi aspetti della disciplina dell'ordinamento giudiziario² e che,

* Professore Ordinario dell'Università di Pisa.

- 1 A.C. 2681, contenente “deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura”, consultabile in www.camera.it.
- 2 A riprova di ciò, l'art. 1, comma 4, delega il Governo, entro 3 anni dall'entrata in vigore della legge, a raccogliere le disposizioni dell'ordinamento giudiziario in un “testo unico compilativo” (cfr. art. 17-*bis* della legge n. 400/1988). Al Governo viene dunque chiesto

dunque, è destinata ad avere ripercussioni anche sul ruolo del giudice nel sistema³.

Il testo contiene sia disposizioni di delega al Governo sia disposizioni immediatamente precettive. Per quanto riguarda la delega, all'art. 1, comma 1, sono indicati gli ambiti di intervento cui il Governo dovrà metter mano entro un anno dall'entrata in vigore della legge, nel rispetto dei principi e criteri direttivi più compiutamente enunciati dagli articoli da 2 a 4: in particolare, il Governo dovrà emanare decreti legislativi per "rimodulare, secondo principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, i criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi", per "ridefinire, sulla base dei medesimi principi, i criteri di accesso alle funzioni di consigliere di cassazione e di sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione" e per "riformare il procedimento di approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudicanti e garantire un contenuto minimo nella formazione del progetto organizzativo dell'ufficio del pubblico ministero". Inoltre, il Governo è delegato a realizzare una "razionalizzazione del funzionamento del consiglio giudiziario, con riferimento alla necessità di assicurare la semplificazione, la trasparenza e il rigore nelle valutazioni di professionalità" e la "modifica dei presupposti per l'accesso in magistratura dei laureati in giurisprudenza".

1464

Al comma 2 dell'art. 1 viene delineato il procedimento per l'esercizio della delega, prevedendosi che gli schemi di decreto legislativo, adottati su proposta del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e con il Ministro dell'Università e della ricerca, debbano essere trasmessi alle Camere per consentire alle commissioni

di ricondurre ad una sola fonte tanto le disposizioni del R.D. n. 12 del 1941 quanto il complesso dei decreti legislativi di riforma dell'ordinamento giudiziario emanati nel 2006, in attuazione della legge n. 150 del 2005, e successivamente modificati a partire dalla legge n. 111 del 2007. Si tratta di un ottimo intento di razionalizzazione della normativa di settore, anche se dobbiamo ricordare che una delega analoga era già stata prevista sia nella legge n. 150 del 2005 sia nella legge n. 111 del 2007, ma in entrambi i casi non è stata attuata.

3 Cfr. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti e alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Rivista AIC*, 2006.

competenti di esprimere il proprio parere entro 30 giorni, trascorso il quale il Governo potrà procedere in assenza di parere⁴.

Nei paragrafi che seguono si darà sinteticamente conto, tenendo insieme le disposizioni di delega e quelle direttamente precettive e necessariamente sacrificando alcuni aspetti in questa sede ritenuti di minore interesse, delle principali innovazioni in relazione a sette principali aree tematiche: 1) l'accesso, lo *status* e la “carriera” dei magistrati; 2) il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi; 3) l'organizzazione degli uffici; 4) le interferenze tra magistrati e politica; 5) le norme riguardanti il funzionamento e l'organizzazione del C.S.M.; 6) l'elezione dei membri laici del C.S.M.; 7) la disciplina elettorale per il rinnovo dei componenti togati del C.S.M.

2. L'accesso, lo *status* e la “carriera” dei magistrati

Con riguardo all'accesso e alla c.d. carriera dei magistrati il disegno di legge contiene numerose misure piuttosto eterogenee rispetto alle quali è ben difficile scorgere una *ratio* comune; si tratta, semplicemente, di questioni da tempo segnalate dalla dottrina e dalla stessa magistratura come meritevoli di puntuali interventi correttivi da parte del legislatore.

1465

Per quanto concerne, in particolare, l'accesso in magistratura (art. 4), la riforma delega il Governo a definire una nuova disciplina superando l'attuale modello del concorso di secondo grado al fine di ridurre i tempi che intercorrono tra la laurea dell'aspirante magistrato e la sua immissione in ruolo.

Tale proposta, condivisibile e del resto attesa, viene giustificata in relazione al bilancio complessivamente negativo della riforma del 2006, che aveva introdotto il concorso di secondo grado⁵, soprattutto in ragione

4 È peraltro prevista la consueta clausola di scorrimento del termine per l'esercizio della delega, che comporta una proroga di 90 giorni del termine per l'emanazione dei decreti legislativi quando il termine per l'espressione del parere parlamentare scada nei 30 giorni antecedenti alla scadenza della delega o successivamente.

5 Tale soluzione era stata a propria volta motivata in relazione alla crescita notevole dei candidati al concorso a partire dagli anni Novanta e anticipata, dal 1997 al 2005, dall'introduzione di una prova selettiva informatizzata.

dell'età media piuttosto alta di ingresso in magistratura e delle conseguenti ricadute organizzative in termini di difficoltà di copertura degli uffici giudiziari e di potenziali discriminazione nei confronti dei candidati meno abbienti⁶.

Inoltre, il Governo è delegato a ridurre le materie oggetto della prova orale del concorso, a consentire lo svolgimento del tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari anche ai laureandi in giurisprudenza e a prevedere che la Scuola superiore della magistratura organizzi corsi di preparazione al concorso per magistrato ordinario per coloro che abbiano svolto il suddetto tirocinio. Viene poi ridotto a 3 anni (in luogo degli attuali 4) il periodo di permanenza nella sede di prima assegnazione, decorso il quale il magistrato può chiedere il trasferimento ad altra sede, confermando che per tutte le sedi successive il periodo minimo di permanenza rimane di 4 anni.

1466

Risulta altresì ridotto da quattro a due il numero massimo di passaggi dalle funzioni giudicanti alle requirenti (e viceversa) effettuabili nel corso della carriera (art. 10)⁷; è questa una novità di un certo rilievo, che rappresenta un'ulteriore "messa a punto" nell'ambito del delicato dibattito sulla c.d. separazione/distinzione delle carriere. Si ricorda, a tale proposito, che la legge n. 150/2005 aveva segnato una svolta netta, con la possibilità di effettuare tale passaggio soltanto entro il terzo anno di esercizio delle funzioni, facendo dell'obiettivo della separazione uno dei simboli

6 A distanza di quasi quindici anni dalla precedente riforma, si è potuto verificare che l'intento di ridurre il numero delle domande è stato raggiunto solo parzialmente mentre senza dubbio si è innalzata l'età di ingresso in magistratura: dai 25 anni di età media degli anni Sessanta si è passati agli attuali 33 anni (cfr. Relazione della Commissione di studio sulla ricognizione delle attività formative finalizzate all'accesso alla magistratura ordinaria, istituita dal Ministro Orlando nel 2017).

In argomento cfr. G. LEGNINI, *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150/2005: i temi persistenti e le prospettive di sviluppo*, in *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150/2005*, a cura di G. Ferri e A. Teodoldi, Napoli, 2016, 222.

7 Tuttavia, per quanto riguarda i magistrati che, prima dell'entrata in vigore della legge, hanno già effettuato almeno un cambio di funzioni (senza esaurire le quattro possibilità previste), il comma 2 dell'art. 10 stabilisce che per loro sia possibile sempre e solo un ultimo mutamento, a condizione che, ovviamente, non abbiano già effettuato quattro mutamenti di funzione.

più esibiti della riforma, mentre, successivamente, la legge n. 111/2007 aveva depotenziato tali novità, consentendo al magistrato interessato di passare da una funzione all'altra fino a quattro volte nell'intera carriera; adesso il legislatore sembra indicare una soluzione intermedia, i cui effetti non sono facilmente prevedibili, ancorché si debba tenere conto che il fenomeno dei passaggi di funzione registra oggi numeri piuttosto limitati.

Da segnalare poi, con specifico riguardo all'accesso alle funzioni di legittimità (consigliere di Cassazione e sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione), che la riforma richiede l'esercizio effettivo delle funzioni di merito per almeno 14 anni e pertanto esclude la possibilità, attualmente prevista, nel limite del 10% dei posti vacanti, dall'art. 12, comma 14, del d.lgs. n. 160 del 2006, di accedere a tali funzioni anche dopo la seconda o terza valutazione di professionalità (art. 2, comma 3). Si tratta di una previsione rilevante, che sbarra la strada all'ingresso in Cassazione dei magistrati più giovani, che oggi potevano accedere attraverso una selezione distinta (c.d. concorso speciale) se in possesso di “titoli professionali adeguati”, preferendo mantenere come unico presupposto per l'ingresso, fatta ovviamente eccezione per i meriti insigni di cui all'art. 106, comma 3, Cost., quello, oggettivo, dell'esperienza maturata negli anni, ancorché accompagnata dalla comprovata “capacità scientifica e di analisi delle norme”⁸.

1467

Ancora, il progetto intende modificare la disciplina riguardante le valutazioni di professionalità (art. 3) con l'obiettivo condivisibile di semplificare e garantire maggiore rigore e trasparenza al relativo procedimento. A tale proposito, il disegno di legge delega il Governo: a) a consentire ai componenti laici del consiglio giudiziario di partecipare alla discussione finalizzata alla formulazione dei pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati; b) a valorizzare il ruolo dell'avvocatura, consentendole di esprimere per tempo le proprie segnalazioni sui magistrati soggetti a verifica; c) a semplificare la procedura quando l'esito appaia, sin dall'inizio, positivo; d) a prevedere che i fatti accertati in sede di giudizio

⁸ Cfr. M. CASSANO, *L'accesso in cassazione*, in *Codice dell'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Iacoboni, G. Grasso e M. Converso, Piacenza, 2020, 293.

disciplinare siano oggetto di valutazione ai fini del conseguimento della successiva valutazione di professionalità⁹.

Rispetto alla disciplina vigente, la previsione della possibilità per i componenti non magistrati del Consiglio giudiziario di partecipare alle discussioni sulle valutazioni di professionalità è senza dubbio un passo avanti nel senso di una maggiore trasparenza, e forse anche un maggior rigore¹⁰, dei procedimenti valutativi, anche se non viene comunque consentito loro di concorrere alle decisioni ma soltanto di esercitare una sorta di “diritto di tribuna”.

Sul fronte della responsabilità disciplinare le novità sono poche e piuttosto puntuali: si prevede, in particolare, l’inserimento di nuove condotte illecite commesse dal magistrato che non collabori nell’attuazione delle misure volte a recuperare i ritardi ed a ridurre le pendenze dell’ufficio e dal dirigente dell’ufficio che non adotti le iniziative richieste per recuperare tali carenze e non vigili sulle condotte dei magistrati (art. 9). Si tratta di fattispecie di illecito peculiari, collegate al nuovo ruolo attribuito ai dirigenti di monitoraggio e intervento in relazione a situazioni di crisi (cfr. art. 37 del d. l. n. 98 del 2011) riguardanti sia singoli magistrati (ritardo grave e reiterato nel deposito dei provvedimenti) sia intere sezioni dell’ufficio (*trend* di smaltimento negativi).

Da segnalare anche la condivisibile introduzione dell’istituto della riabilitazione per il magistrato che abbia subito le sanzioni disciplinari dell’ammonimento o della censura, trascorsi almeno 3 anni dall’irrogazione e nel rispetto di specifici ulteriori presupposti di merito (art. 9).

Viene, infine, previsto il collocamento in aspettativa del magistrato al quale sia stato già accertato uno stato di infermità incompatibile con lo svolgimento delle funzioni giudiziarie, anche nelle more della

9 In argomento, cfr. G. GRASSO, *Procedimento disciplinare e valutazione di professionalità: differenze e interferenze*, in *La magistratura organo dell'ANM*, n. 1-2, 2015.

10 Nel periodo dal 2008 al 2016, il 98, 22% delle valutazioni ha avuto esito positivo (cfr. Consiglio superiore della magistratura, Ufficio statistico, *La valutazione di professionalità dei magistrati*, 9 gennaio 2017).

conclusione del procedimento volto ad accertare l'infermità permanente e dunque la dispensa dal servizio (art. 8).

3. Il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi

Con riguardo al conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, il comma 1 dell'articolo 2 detta principi e criteri direttivi per la "revisione dell'assetto ordinamentale della magistratura, con specifico riferimento alla necessità di rimodulare, secondo principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, i criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi".

In particolare, i principi e criteri direttivi di maggiore rilievo sono i seguenti:

1. il Governo dovrà prevedere che tutti gli atti dei procedimenti di conferimento delle funzioni direttive e semidirettive siano pubblicati nel sito del Consiglio superiore della magistratura, superando l'attuale disciplina che subordina la pubblicazione degli atti della procedura al consenso degli aspiranti dirigenti;
2. i procedimenti di conferimento delle funzioni dirigenziali (direttive e semidirettive) debbono essere "avviati e istruiti secondo l'ordine temporale con cui i posti si sono resi vacanti", tranne che si tratti della copertura dei posti di primo presidente e di procuratore generale della Corte di cassazione;
3. viene altresì prevista una rigorosa procedura comparativa per l'attribuzione delle funzioni direttive che si svolge presso il Consiglio superiore della magistratura, che, su richiesta di almeno tre membri della commissione competente, deve procedere all'audizione dei candidati; inoltre tale organo è tenuto a svolgere l'audizione dei rappresentanti dell'avvocatura, dei magistrati e dei dirigenti amministrativi che lavorano presso l'ufficio giudiziario di provenienza dei candidati nonché a valutare specificamente gli esiti di queste audizioni ai fini della comparazione dei candidati all'ufficio;
4. il Governo è delegato a modificare i requisiti per il conferimento delle funzioni direttive previsti oggi dall'art. 10 del d.lgs. n.

160 del 2006, allungando almeno di 4 anni la durata della carriera richiesta per accedere alle diverse funzioni (dalla quarta valutazione di professionalità e non dalla terza, come oggi);

5. viene previsto un ulteriore requisito per l'accesso alle procedure valutative per la copertura dei posti direttivi, ovvero la frequenza, con conseguente superamento di una prova finale, di uno specifico corso tenuto dalla Scuola superiore della magistratura, della durata di tre settimane;
6. vengono fissati una serie di principi e criteri direttivi attinenti ai parametri e agli indicatori delle attitudini che dovranno essere valutati dal C.S.M. ai fini dell'attribuzione delle funzioni direttive e semidirettive; in particolare, il Governo è delegato a individuare "puntuali parametri e indicatori delle attitudini, questi ultimi suddivisi in generali e specifici e distinti per tipologia di ufficio";
7. vengono direttamente indicati alcuni indicatori generali, che rappresentano una codificazione e un ampliamento degli indicatori generali attualmente previsti dal T.U. della dirigenza giudiziaria del 2015. Tra di essi, da segnalare che il Governo dovrà valorizzare anche l'attività non giudiziaria svolta dal magistrato in posizione di fuori ruolo e le capacità relazionali dimostrate nel corso della carriera negli uffici giudiziari;
8. l'anzianità rimane un criterio residuale, ovvero, in caso di equivalenza tra i profili professionali dei candidati, prevale il più anziano nel ruolo; peraltro, l'art. 10 del progetto prevede che nei procedimenti per l'assegnazione delle funzioni direttive e semidirettive non siano valutati gli aspiranti che, rispetto al più anziano tra i legittimati, presentino un'anzianità di servizio inferiore di oltre sette anni per le funzioni semidirettive e di oltre cinque anni per le funzioni direttive¹¹;

11 Nella Relazione di accompagnamento al progetto si osserva che "l'introduzione di fasce di anzianità, quale presupposto idoneo a delimitare la gamma degli aspiranti legittimati a

9. alla scadenza del quadriennio nell'incarico, viene prevista una valutazione del lavoro svolto dal dirigente per un eventuale rinnovo di ulteriori quattro anni; nel giudizio di conferma il C.S.M. dovrà tenere conto delle osservazioni del Consiglio dell'ordine degli avvocati e dei pareri espressi dai magistrati dell'ufficio. Rispetto alla disciplina attuale, la norma di delega conferma il ruolo dell'Avvocatura, che già attualmente fornisce informazioni al Consiglio giudiziario ai fini del parere sulla conferma nell'incarico direttivo, e introduce l'obbligo di sentire i magistrati dell'ufficio che il candidato alla conferma sta dirigendo. Questi ultimi, al momento, in base al T.U. del 2015, non concorrono ufficialmente in alcun modo alla valutazione del dirigente;

10. in ogni caso, il dirigente non può concorrere per una altra funzione direttiva prima che siano trascorsi cinque anni dall'assunzione delle funzioni precedenti;

11. si prevede che il C.S.M. debba negare la conferma nell'incarico direttivo quando i provvedimenti organizzativi adottati dal magistrato nell'esercizio delle funzioni direttive siano stati reiteratamente rigettati dal Consiglio stesso per più di una volta nel corso del quadriennio.

1471

Come può vedersi, le innovazioni sono numerose e piuttosto rilevanti.

Mi limito, in questa sede, ad alcune considerazioni essenziali, partendo da quelle più generali.

Innanzitutto, negli ultimi anni si era fatta sempre più forte, in dottrina e in una larga parte della magistratura, la richiesta di mettere mano alla disciplina introdotta con la riforma nel 2005, allorché il

concorrere, ha una funzione di moralizzazione (perché riduce lo spazio di discrezionalità del C.S.M. e attenua le spinte carrieristiche dei magistrati più giovani) e si fonda sull'assunto che la più ampia esperienza professionale costituisca già un valore positivo”.

parametro dell'anzianità, perno del sistema a partire dalla legge Breganze n. 560/1966, era stato sostanzialmente sostituito con modalità di selezione di tipo concorsuale fondate prevalentemente sulla valutazione del merito dei candidati. A prescindere dagli obiettivi che il legislatore aveva inteso allora perseguire, infatti, tale riforma aveva di fatto innescato una serie notevole di problemi¹².

Innanzitutto, negli ultimi anni è prepotentemente rientrata nella cultura di una parte della magistratura la logica della carriera, ovvero della rincorsa all'avanzamento di "grado", e si è venuta a creare una più netta separazione tra una sorta di "carriera dirigenziale", percorsa da alcuni magistrati, che si snoda da un incarico direttivo ad un altro incarico direttivo, e il normale avanzamento dei magistrati "normali"¹³.

Tale fenomeno, incompatibile con l'assetto costituzionale della magistratura, che, com'è ben noto, si fonda sugli assunti per i quali i magistrati sono soggetti "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.) e si distinguono "soltanto per funzioni" (art. 107, comma 3, Cost.), ha pure favorito il formarsi di una grande mole di aspettative, tensioni e pressioni che si sono scaricate sul C.S.M., organo chiamato a gestire l'applicazione dei criteri in materia di carriera. Malgrado i generosi tentativi di tale organo di rendere più trasparenti le proprie scelte, attraverso l'adozione della richiamata disciplina secondaria, tale obiettivo si è rivelato di ardua realizzazione e si è rafforzata in una grande parte della magistratura la percezione che le scelte discrezionali del C.S.M. siano sovente

12 Cfr. G. SILVESTRI, *Notte e nebbia sulla magistratura italiana*, in *Questione giustizia*, 12 giugno 2020, che osserva come, sebbene l'unico criterio oggettivo non aggirabile sia quello dell'anzianità, esso debba avere rilievo soltanto come criterio residuale, a parità di merito, mentre la meritocrazia andrebbe "integrata con regole, queste sì, molto rigide, sull'ordine cronologico di trattazione delle pratiche riguardanti gli uffici direttivi e con audizioni accurate dei candidati con maggiori titoli"; inoltre, l'A. auspica che il C.S.M. si renda "promotore di approfondimenti ed autore di linee guida innovative sulle tecniche di redazione dei pareri dei Consigli giudiziari, troppo uniformemente elogiativi e pertanto talvolta fuorvianti in sede di comparazione tra candidati o di valutazione di professionalità".

13 N. ROSSI, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2019, 44 ss.

poco trasparenti e talora arbitrarie. Non sorprende, a tale proposito, che siano aumentati esponenzialmente i casi in cui i provvedimenti adottati dall'organo di governo della magistratura riguardanti incarichi direttivi e semidirettivi sono stati impugnati davanti al giudice amministrativo per insufficiente o incongrua motivazione¹⁴.

Inoltre, il fenomeno descritto ha pure contribuito a rafforzare le logiche corporative all'interno del C.S.M., nel senso che i suoi componenti, soprattutto i togati ma non soltanto loro, hanno non raramente assecondato le aspettative derivanti dalle rispettive appartenenze, spogliandosi del ruolo di rappresentanti imparziali di pluralismo culturale per divenire meri terminali delle scelte delle rispettive "associazioni di categoria", al fine di tutelare gli interessi degli affiliati.

La riforma Bonafede, dunque, si prefigge l'obiettivo di definire in modo più puntuale e oggettivo i criteri di merito in base ai quali vengono assegnati gli incarichi direttivi e semi-direttivi, trasferendo, per di più, nella legge i criteri e gli indicatori fino ad oggi contenuti in atti pararnormativi adottati dal C.S.M.

1473

In particolare, deve essere guardata in linea di massima con favore l'idea che il Consiglio superiore della magistratura, in vista del conferimento di un incarico direttivo o semidirettivo, debba procedere all'audizione dei rappresentanti dell'avvocatura, dei magistrati e dei dirigenti amministrativi che lavorano presso l'ufficio giudiziario di provenienza del candidato; se è vero che tale novità potrebbe in concreto anche prestarsi a qualche rischio di strumentalizzazione, è tuttavia certo che il miglior modo per valutare la capacità di un magistrato di dirigere un ufficio sia quello di ascoltare la voce di coloro che hanno lavorato a stretto contatto con lui.

Altrettanto condivisibile è poi la soluzione per la quale le assegnazioni debbano essere esaminate secondo l'ordine temporale con cui i posti si rendono vacanti, al fine di scongiurare la nota e deleteria prassi delle

14 Cfr. Ufficio Statistico del C.S.M., in *www.csm.it*.

c.d. “nomine a pacchetto”, solo in parte mitigata dalla riforma del Regolamento interno del C.S.M. del 2016¹⁵; così come, sempre in linea di principio, anche quella volta a “ripesare” il criterio dell’anzianità, mantenendolo sì come residuale, ma prevedendo, per ciascun procedimento di assegnazione di funzioni direttive e semidirettive, che lo scarto massimo (c.d. “fasce” di anzianità) tra il candidato più giovane e quello più anziano possa essere di cinque (funzioni direttive) oppure di sette anni (funzioni semidirettive)¹⁶.

Infine, da valutare ancora con favore, allo scopo di contrastare l’idea che la dirigenza possa essere uno *status* e non un servizio temporaneo, anche la scelta per cui il dirigente non può concorrere per una altra funzione direttiva se non dopo che siano trascorsi cinque anni dal precedente incarico.

In realtà, la previsione che lascia più perplessi di questa parte della riforma è il rilievo forse eccessivo che viene dato, ai fini di valutare i candidati ad un incarico direttivo, alle esperienze svolte nell’ambito dello svolgimento di incarichi extragiudiziari, in ragione dell’eccessiva consistenza che questi ultimi hanno assunto negli ultimi anni; ciò che meriterebbe un intervento del legislatore nel senso di ridurre il numero e di disincentivarli¹⁷.

15 Cfr. U. DE SIERVO, *Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018.

16 Cfr. M. PATARNELLO - E. MACCORA, *La dirigenza descritta dalla proposta di Riforma del Ministro Bonafede*, in *Questione giustizia*, 15/07/2019, che osservano che “si tratta di un meccanismo che ha la positiva aspirazione di ridimensionare taluni eccessi nell’uso della discrezionalità della scelta, ma che, per come articolato in concreto (duplice intervento legittimazione e fascia, quest’ultima peraltro di entità molto stringata di cinque anni, assenza di aperture derogative e decorrenza dal più anziano non “manifestamente inidoneo”) rischia di limitare eccessivamente (e per di più su aspiranti troppo anziani) la “platea” degli aspiranti concretamente valutabili per ciascun concorso (particolarmente per gli uffici meno ambiti) e di reintrodurre condotte eticamente inaccettabili osservate nel passato lontano, in cui venivano sollecitate candidature “anziane” al solo fine strumentale di condizionare la decorrenza della “fascia””.

17 Cfr. F. DAL CANTO, *Per “voltare pagina” occorre ripensare anche la disciplina degli incarichi extragiudiziari dei magistrati*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, 1 ss.

4. L'organizzazione degli uffici

All'art. 2, comma 2, del disegno di legge vengono indicati principi e criteri direttivi per la riforma dell'organizzazione degli uffici giudicanti e requirenti.

In particolare, quanto all'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, si prevede che i decreti legislativi di attuazione della delega dovranno attribuire al Consiglio superiore della magistratura il compito di stabilire “i principi generali per la formazione del progetto organizzativo” della procura della Repubblica, che dovrà avere una periodicità non inferiore a quattro anni (in luogo degli attuali tre) ed essere approvato con modalità analoghe a quelle previste per l'approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudicanti, di cui si dirà più avanti.

In sostanza, il Governo è chiamato a fornire una base legislativa alla normativa secondaria della quale in realtà il C.S.M. si è già in buona parte dotato. È noto, infatti, che le disposizioni sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, contenute nel decreto legislativo n. 106 del 2006, hanno fortemente accentuato il carattere gerarchico dell'organizzazione delle procure e che, proprio al fine di delimitare la rilevante discrezionalità riconosciuta al Procuratore della Repubblica, è intervenuto il C.S.M. in più occasioni, da ultimo con una Circolare del 16 novembre 2017.

1475

Gran parte dei contenuti fissati in tale Circolare vengono ora ripresi ed elevati al rango della legge, così implicitamente giustificando, almeno sul piano del merito, l'attivismo normativo mostrato negli ultimi anni dall'organo di governo della magistratura¹⁸.

Tra i contenuti minimi del progetto organizzativo indicati dalla proposta di legge, meritano di essere segnalati, tra gli altri, la costituzione dei gruppi di lavoro, i criteri di assegnazione dei procedimenti, i criteri di priorità nella trattazione degli affari, il procedimento di esercizio delle funzioni di assenso sulle misure cautelari, le ipotesi e il procedimento di

18 Cfr. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2020, 211.

revoca dell'assegnazione, l'individuazione del procuratore aggiunto o comunque del magistrato designato come vicario. Come detto, si tratta per lo più di conferme della normazione secondaria del C.S.M.

A ben vedere, peraltro, un aspetto effettivamente innovativo attiene alla necessità che il progetto espliciti i criteri di priorità nella trattazione degli affari. Il tema è all'evidenza assai delicato, in quanto esso si collega in modo diretto al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), rispetto al quale è da tempo nota la sfasatura tra l'assolutezza dello stesso sul piano teorico e la sua rilevante attenuazione nella pratica quotidiana, in ragione dell'impossibilità per il sistema giudiziario, a fronte della limitatezza delle sue risorse umane e materiali, di corrispondere in modo appropriato e tempestivo a tutte le notizie di reato che vengono prodotte¹⁹.

1476

Con la soluzione prospettata nel progetto Bonafede, dunque, i criteri di priorità dovrebbero essere definiti nell'ambito del Progetto organizzativo adottato da ciascuna Procura sulla base di "principi generali" stabiliti dal C.S.M. a propria volta fissati in attuazione di previsioni contenute nei decreti legislativi.

La novità è effettivamente rilevante ma non straordinaria. Si noti, infatti, che, dando copertura ad una prassi di fatto seguita da diversi anni²⁰, già la Circolare del C.S.M. del 16 novembre 2017, dedicata all'organizzazione degli uffici giudiziari, pur in assenza di un aggancio legislativo, ha previsto che i dirigenti degli uffici giudiziari "possano" elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti "al fine dell'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto della specifica realtà criminale e territoriale ...". Oggi, dunque, la riforma interviene elevando ad obbligo legislativamente previsto un'indicazione già ampiamente seguita nella prassi.

19 Cfr., per tutti, V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 101 ss.

20 Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 270s.

Venendo ora alle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti, il progetto di riforma dispone che sia semplificata la procedura di approvazione, oggi particolarmente macchinosa, e che, nell'ambito della stessa, sia valorizzato il ruolo del Consiglio giudiziario²¹.

In particolare, se rispetto alla proposta del Presidente della Corte d'Appello, il Consiglio giudiziario esprime all'unanimità un parere favorevole, la tabella di organizzazione degli uffici è approvata salvo che i magistrati dell'ufficio non attivino presso il C.S.M. una procedura di rivalutazione; se invece, rispetto alla proposta del Presidente, il Consiglio giudiziario esprime un parere favorevole senza raggiungere l'unanimità, la tabella di organizzazione degli uffici è approvata salvo che il C.S.M. non si esprima in senso contrario entro un termine stabilito. .

Viene inoltre previsto il prolungamento fino a quattro anni (oggi sono tre) della durata anche delle tabelle degli uffici giudicanti e l'obbligo di verificare, nell'assegnazione degli affari e nella sostituzione dei giudici impediti, il rispetto dell'equità nella distribuzione dei carichi di lavoro tra tutti i magistrati dell'ufficio, delle sezioni e dei collegi (art. 7).

1477

È ridotto, infine, da 67 a 37 il numero dei magistrati dell'ufficio del massimario della Corte di Cassazione, contestualmente ridefinendo i requisiti minimi di professionalità richiesti per accedervi (terza valutazione di professionalità e non meno di dieci anni di effettivo esercizio delle funzioni giudicanti o requirenti di primo o di secondo grado). Tale intervento riformatore è finalizzato a fare in modo che le competenze e l'organico di tale ufficio tornino ad essere quelli originari, mutati nel corso del tempo con la graduale trasformazione dell'ufficio stesso in una sorta di organo di supporto alla concreta attività giurisdizionale della Corte di cassazione: ciò, per inciso, è stato possibile grazie al recente ampliamento dell'organico della Cassazione che non dovrebbe rendere più

21 Cfr. B. GIANGIACOMO, *Le competenze dei Consigli giudiziari in materia tabellare*, in *Quest. Giust.*, 2008, 103 ss.

necessario attingere a tale bacino per comporre i collegi giudicanti della stessa (art. 6)²².

5. Le interferenze tra magistrati e politica

Il Capo III del disegno di legge (artt. 12-19) è dedicato alla disciplina di una serie di fattispecie assai delicate che attengono al tema dei rapporti tra magistrati e politica.

All'art. 12 il disegno di legge amplia le ipotesi di ineleggibilità dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari. In particolare, si prevede che essi, esclusi quelli in servizio da almeno due anni presso le giurisdizioni superiori o presso gli uffici giudiziari con competenza territoriale a carattere nazionale, non siano eleggibili alla carica di membro del Parlamento europeo, di senatore o di deputato o a quella di presidente della giunta regionale, di consigliere regionale, di presidente delle province autonome di Trento e di Bolzano o di consigliere provinciale nelle medesime province autonome se prestano servizio, o lo hanno prestato nei due anni precedenti la data di accettazione della candidatura, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale.

I medesimi magistrati non sono, altresì, eleggibili alla carica di sindaco in comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti se prestano servizio, o lo hanno prestato nei due anni precedenti la data di accettazione della candidatura, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nel territorio della provincia in cui è compreso il comune. Non sono in ogni caso eleggibili i magistrati che, all'atto dell'accettazione della candidatura, non siano in aspettativa senza assegni da almeno due mesi.

22 Cfr. art. 1, comma 379, della legge n. 145 del 2018 (legge di stabilità per l'anno 2019), che ha disposto l'aumento del ruolo organico del personale della magistratura ordinaria di 600 unità e, in particolare, l'aumento da 60 a 65 unità del numero dei magistrati con funzioni giudicanti e requirenti direttive di legittimità e da 375 a 440 unità del numero dei magistrati con funzioni giudicanti e requirenti di legittimità.

Tali previsioni hanno il pregio di razionalizzare la frammentaria normativa oggi vigente, riconducendola ad un quadro unitario; da notare, peraltro, la novità rappresentata dalla previsione dell'ineleggibilità alla carica di membro del Parlamento europeo, per l'accesso alla quale non è oggi fissato alcun limite per i magistrati²³.

La riforma prevede poi che i magistrati –ordinari, amministrativi, contabili e militari– non possano assumere l'incarico di componente del Governo (Presidente del Consiglio dei ministri, vicepresidente del Consiglio dei ministri, ministro, viceministro, sottosegretario di Stato), o di sottosegretario o assessore regionale, o di assessore comunale, se non siano collocati in aspettativa senza assegni all'atto dell'assunzione dell'incarico (art. 13). Ai sensi dell'art. 14, inoltre, si prescrive che, durante il mandato o l'incarico di governo, sia nazionale che regionale e locale, il magistrato debba obbligatoriamente trovarsi in aspettativa in posizione di fuori ruolo e che, in relazione al trattamento economico, possa scegliere tra la conservazione di quello in godimento e la corresponsione dell'indennità di carica.

1479

Il progetto Bonafede disciplina anche il ricollocamento in ruolo dei magistrati che si siano candidati alle elezioni europee, politiche, regionali o amministrative in comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti, senza essere eletti, introducendo una serie di limiti –di durata triennale²⁴– agli uffici e alle funzioni che possono essere assegnate a tali magistrati (art. 15). Viene altresì previsto il ricollocamento dei magistrati che abbiano svolto, per almeno un anno, un mandato elettorale al Parlamento europeo e nazionale o nei Consigli regionali o delle province autonome, ovvero abbiano ricoperto incarichi di governo nazionale o regionale, o siano stati sindaci in comuni con più di 100.000 abitanti, prevedendone l'inquadramento in un ruolo autonomo del Ministero della giustizia, di altro Ministero o della Presidenza del Consiglio dei ministri

23 Cfr. G. E. POLIZZI, *Il magistrato al Parlamento*, Padova, 2017, 1 ss.

24 Salvo, per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, quanto previsto dall'articolo 8, comma 2, del D.P.R. n. 361 del 1957, che vieta l'esercizio delle funzioni giudiziarie nella circoscrizione nel cui ambito si è svolta l'elezione per un periodo di cinque anni.

ed escludendo che possano ancora considerarsi appartenenti alla magistratura (artt. 16 e 17)²⁵.

Una specifica disciplina è prevista inoltre per i magistrati che ricoprono cariche elettive o di governo in comuni con una popolazione superiore ai 5.000 abitanti (ma inferiore a 100.000): essi sono collocati in aspettativa obbligatoria senza assegni per tutta la durata del mandato (art. 18).²⁶ Terminato il mandato, essi sono ricollocati –per una durata di almeno tre anni– presso un ufficio appartenente a un distretto diverso da quello nel quale hanno esercitato lo stesso.

Ai sensi dell'art. 19 del progetto, infine, i magistrati fuori ruolo per l'assunzione di incarichi extra-giudiziari di natura politico-amministrativa (segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri e dei Ministeri, capo e di vicecapo di dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e i Ministeri, nonché presso i consigli e le giunte regionali) non possono fare domanda per accedere a incarichi direttivi o a qualifiche direttive per un periodo di due anni decorrente dal giorno di cessazione dell'incarico, fatto salvo il caso in cui in precedenza l'incarico direttivo sia stato ricoperto o la qualifica già posseduta.

Una previsione, quest'ultima, senz'altro condivisibile ma, allo stesso tempo, non all'altezza delle aspettative e dell'importanza che questo tema, solo apparentemente marginale, riveste ai fini di un effettivo e complessivo rilancio della funzionalità e dell'immagine della magistratura in questi tempi difficili. La complessa e disorganica disciplina in materia di

25 Cfr. Corte cost., sent. n. 6/1960, laddove essa ha sottolineato che la formula “conservare il posto di lavoro”, prevista all'art. 51, comma 3, Cost., significa “mantenere il rapporto di lavoro o di impiego” e non già “continuare nell'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato interessato”.

26 Attualmente, ai sensi dell'art. 81 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, sindaci, presidenti delle province, presidenti dei consigli comunali e provinciali, presidenti dei consigli circoscrizionali, nonché membri delle giunte di comuni e province, se lavoratori dipendenti, possono essere collocati a richiesta in aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato. Per gli enti locali, dunque, ad oggi l'aspettativa è facoltativa.

incarichi extragiudiziari dei magistrati²⁷, infatti, meriterebbe un ripensamento più incisivo, tanto più in un periodo storico nel quale, come detto, le potenziali commistioni tra magistratura e politica sono giustamente osservate con particolare attenzione²⁸.

Da notarsi, in conclusione di questo punto, che tutte le disposizioni del Capo III sono destinate a trovare applicazione in relazione a incarichi assunti dopo l'entrata in vigore della riforma.

6. La composizione, l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura

Il Capo IV del disegno di legge, composto dagli articoli da 20 a 38, contiene disposizioni immediatamente precettive, con le quali il Governo modifica la legge n. 195 del 1958, recante Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura.

In primo luogo, la riforma incide sulla composizione ed organizzazione del Consiglio superiore (articoli da 20 a 25). A tale riguardo, le novità più significative sono:

1481

- a) la modifica del numero dei componenti elettivi del Consiglio, che è portato dagli attuali 24 a 30 complessivi, di cui 20 magistrati ordinari, in luogo degli attuali 16, e 10 eletti dal Parlamento, in luogo degli attuali 8 (articolo 20), con conseguente modifica del *quorum* funzionale per la validità delle deliberazioni (articolo 23);
- b) la previsione del sorteggio per l'individuazione dei componenti di tutte le commissioni del Consiglio (articolo 21);
- c) l'incompatibilità tra l'appartenenza ad alcune specifiche commissioni consiliari e l'appartenenza alla sezione disciplinare, il cui meccanismo di individuazione diviene il sorteggio, in luogo dell'attuale elezione a maggioranza dei due terzi (articolo 22).

27 Cfr. F. DAL CANTO, *Per "voltare pagina" occorre ripensare anche la disciplina degli incarichi extragiudiziari dei magistrati*, cit., 1 ss.

28 Cfr. N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 132s.

Vale la pena soffermarsi, in particolare, su tre aspetti.

Il primo riguarda il numero dei componenti elettivi del C.S.M., che passa, nel progetto, da ventiquattro a trenta; com'è noto, nel 1958 i membri elettivi erano ventuno, saliti a trenta nel 1975 e ridotti a ventiquattro nel 2002.

Si tratta, in un certo senso, di una scelta in controtendenza. L'andamento a "montagne russe"²⁹ che ha caratterizzato la storia del C.S.M., infatti, è per lo più andato di pari passo con l'idea che di tale organo si intendeva valorizzare di volta in volta: una visione riduttiva di esso e delle sue funzioni ha fatto preferire un collegio più ristretto; la consapevolezza invece della sua centralità, unita alla constatazione dell'espansione delle sue competenze, ha comportato invece scelte opposte. Nel progetto Bonafede, per la prima volta, ad una visione dell'organo piuttosto riduttiva si accompagna un aumento del numero; in questo caso, peraltro, la soluzione è resa necessaria da una ragione specifica, ovvero la circostanza di aver introdotto delle rigide incompatibilità tra sezione disciplinare e alcune commissioni istruttorie³⁰.

1482

Il secondo aspetto da considerare riguarda la previsione del sorteggio per la formazione sia delle commissioni sia della sezione disciplinare. Si tratta, nella sostanza, di "quel che resta" dell'originaria proposta predisposta dal Governo agli inizi del 2020, tesa a designare con tale metodo tutti i componenti togati dell'organo di governo della magistratura. Ora il sorteggio, uscito dalla porta della composizione del C.S.M., rientra dalla finestra della sua organizzazione interna, come metodo di formazione di tutte le commissioni –al posto dell'attuale criterio di rinnovo "di regola annuale" (cfr. art. 53 del Regolamento interno)– e come metodo di formazione della sezione disciplinare, oggi eletta a scrutinio segreto a maggioranza dei due terzi dei componenti del Consiglio (cfr. art. 4, comma 4, legge n. 195/1958 e art. 4 del R.I.).

29 R. ROMBOLI, *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte*, in *Questione giustizia*, 2020, 10.

30 In tal senso v. N. ROSSI, *La riforma del C.S.M. proposta dal ministro Bonafede*, in *Questione giustizia*, 12 luglio 2019, 1 ss.

Infine, il terzo aspetto che deve essere evidenziato concerne il divieto di costituire gruppi all'interno del Consiglio. Si tratta di una previsione dalla naturale prevalentemente simbolica; del resto, è ben difficile controllare l'osservanza di un siffatto divieto, atteso che la formazione eventuale di gruppi non avviene mai in modo formale, né, d'altra parte, la stessa è oggi è prevista da alcuna fonte normativa, sia essa la disciplina elettorale –la legge n. 44/2002 prevede soltanto candidature individuali– sia quella riguardante il funzionamento del Consiglio.

Tale previsione, così come quella in forza della quale ciascun componente del C.S.M. è tenuto ad esercitare le sue funzioni in modo indipendente ed imparziale, sembra voler ribadire l'idea che l'indipendenza del singolo componente dell'organo possa essere garantita soltanto attraverso l'isolamento dagli altri. Ma si tratta, a dire il vero, di un obiettivo “mortificante e innaturale”; com'è stato giustamente osservato, “non si cancellano per decreto né le differenze né le identità di visione dei problemi del giudiziario e non si annullano con un tratto di penna consonanze ideali e programmatiche che hanno la loro radice nella storia della giustizia e della magistratura”³¹.

1483

7. L'elezione dei membri laici del Consiglio superiore della magistratura

Con l'art. 28 del progetto si intende sostituire l'art. 22, comma 4, della legge n. 195 del 1958 con la seguente formulazione: “i componenti da eleggere dal Parlamento, previamente auditi dalle competenti Commissioni parlamentari, sono scelti tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e tra gli avvocati dopo quindici anni di esercizio professionale, purché non siano componenti del Governo e non lo siano stati negli ultimi due anni e non siano componenti delle giunte delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e non lo siano stati negli ultimi due anni”.

³¹ Cfr. N. ROSSI, *Rimpicciolire il CSM? Osservazioni critiche sul progetto di riforma del CSM*, in *Questione giustizia*, 4 settembre 2020, 4, da cui sono tratti i virgolettati.

Come è noto, l'articolo 104, comma 3, Cost. stabilisce che un terzo dei componenti del C.S.M. sia eletto dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di Università in materie giuridiche e tra gli avvocati dopo quindici anni di esercizio professionale. Nella formulazione oggi vigente, il citato art. 22, con riguardo all'elettorato passivo, si limita a ribadire la previsione costituzionale; la riforma, dunque, introduce un nuovo limite all'eleggibilità per i componenti del Governo o delle Giunte regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano. Diverrebbero quindi ineleggibili tutti coloro che rivestono tali cariche o che le abbiano rivestite, anche se per un tempo limitato, nell'arco temporale dei due anni antecedenti.

La disposizione prevede, inoltre, che i componenti da eleggere dal Parlamento siano previamente auditi dalle competenti Commissioni parlamentari.

1484

Si tratta di un'assoluta novità. A differenza di quanto avviene per molte designazioni parlamentari, infatti, la disciplina vigente, nell'affidare l'elezione dei membri laici al Parlamento in seduta comune, non contempla alcuna procedura formalizzata, né tanto meno delle audizioni.

La soluzione prospettata è in definitiva condivisibile, anche se probabilmente insufficiente rispetto alle aspettative maturate negli ultimi anni. Sovente, infatti, le scelte del Parlamento sono state criticate perché, a dispetto del requisito dell'alta qualificazione giuridica richiesto per i candidati dalla Costituzione, esse sono state oggetto di un'eccessiva "politicizzazione" e hanno seguito rigide logiche di schieramento³².

Nel segnalare tale problema, ad esempio, in dottrina si era in passato ventilata la possibilità che il legislatore introducesse quale rimedio quello di prevedere l'obbligo per i presidenti delle Camere di chiedere un parere preventivo sui nomi dei candidati al Consiglio universitario nazionale o al Consiglio nazionale forense³³.

32 N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 33.

33 Cfr. M. VOLPI, *I membri laici del C.S.M.: ruolo politico o di garanzia?*, in *Federalismi*, n. 6, 2016, 8.

8. La disciplina elettorale per il rinnovo dei componenti togati del C.S.M.

Come anticipato, l'intervento più significativo, e del resto più atteso, dell'intera riforma è quello che ha riguardato il sistema elettorale per la nomina dei componenti togati del Consiglio superiore (art. 29).

Al riguardo, tra le principali novità si segnalano le seguenti:

1. l'elettorato passivo è riconosciuto a tutti i magistrati che esercitano funzioni giudiziarie i quali abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità (ovvero dopo dodici anni di servizio), mentre oggi lo stesso è attribuito a chi ha tre anni di anzianità;
2. vengono previsti diciannove collegi elettorali di dimensioni ridotte al posto dei tre collegi unici nazionali previsti attualmente, suddivisi in ragione delle diverse categorie funzionali (legittimità, merito requirente e merito giudicante);
3. di tali collegi, uno è costituito dai magistrati appartenenti alle Corti superiori (Corte di cassazione, Procura generale presso la stessa e Tribunale superiore delle acque pubbliche), che eleggono tra di loro due membri, mentre tutti gli altri sono collegi uninominali, dei quali diciassette "ordinari", costituiti a livello territoriale e riservati ai magistrati che svolgono funzioni di merito, senza distinzione tra funzioni giudicanti e requirenti, e uno "speciale", ovvero riservato ai magistrati della Corte d'Appello di Roma e della Procura generale presso la medesima Corte, della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Cassazione ed ai magistrati fuori ruolo;
4. ciascun dei diciassette collegi "ordinari" deve comprendere un numero di elettori tendenzialmente pari ad un diciassettesimo del corpo elettorale. I collegi sono individuati con Decreto dal Ministro almeno tre mesi prima del giorno fissato per le elezioni;

5. ciascun magistrato può candidarsi solo nel collegio nel quale esercita le funzioni; ogni collegio deve esprimere almeno dieci candidature. Le candidature devono rispettare un rapporto tra generi tale per cui quello meno rappresentato deve avere una percentuale di candidati pari almeno al quaranta per cento. Ogni candidatura è presentata da non meno di dieci e da non più di venti magistrati. Se le candidature presentate sono in numero inferiore a dieci, o non rispettano la parità di genere, si procede al sorteggio dei candidati mancanti tra elenchi separati per genere. È sorteggiato il quadruplo dei candidati necessari e i magistrati estratti, in assenza di indisponibilità manifestata entro le 48 ore, sono candidati nel collegio secondo l'ordine di estrazione;
6. l'elettore può esprimere fino a quattro preferenze, poste in ordine ed espresse alternando candidati di genere diverso;
7. nel collegio viene eletto al primo turno il candidato che ha ottenuto almeno il 65% dei voti di preferenza validamente espressi al primo posto sulla scheda;
8. se nessun candidato ottiene tale maggioranza, si procede al ballottaggio (il secondo giorno successivo al completamento delle operazioni di spoglio) tra i quattro candidati che al primo turno hanno ottenuto il maggior numero di voti, ma applicando un coefficiente di riduzione pari rispettivamente a 0,90-0,80-0,70 per i candidati indicati al secondo, terzo e quarto posto; al secondo turno ciascun elettore può esprimere fino a due preferenze, purché differenziate per genere, ordinate e numerate sulla scheda; risulta eletto il candidato che ha ottenuto più voti applicando un coefficiente di riduzione pari a 0,80 per il voto di preferenza indicato al secondo posto sulla scheda;
9. nel collegio per i magistrati appartenenti alle Corti superiori (dove vengono eletti due candidati) il voto al primo turno si svolge secondo le medesime regole indicate per gli altri collegi, ma nessun candidato viene eletto; accedono al secondo turno i quattro magistrati che al primo turno hanno ottenuto il

maggior numero di voti, tuttavia applicando un coefficiente di riduzione pari rispettivamente a 0,90-0,80-0,70 per i candidati indicati al secondo, terzo e quarto posto. Al secondo turno sono eletti i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti applicando un coefficiente di riduzione pari a 0,80 per il voto di preferenza indicato al secondo posto sulla scheda.

Dunque, il Governo persegue l'idea di un sistema prevalentemente basato su candidature individuali –in continuità con la soluzione già oggi prevista dalla legge n. 44/2002– e collegi elettorali uninominali molto ristretti. Si tratta di una soluzione estremamente sofisticata, della quale è davvero difficile, in astratto, fornire una valutazione compiuta, tanto essa è elaborata e, a tratti, quasi fantasiosa.

Evidenti sembrano essere i vantaggi che si intendono ottenere sulla carta: avvicinare i candidati agli elettori, garantire la molteplicità delle provenienze territoriali dei componenti, favorire la rappresentanza di genere; infine, ma non certo ultimo, promuovere delle candidature non formalmente collegate alle correnti della magistratura. Ciò detto, la resa effettiva di tale sistema è tutt'altro che certa: ogni suo potenziale vantaggio, a bene vedere, potrebbe trasformarsi in un effettivo svantaggio.

1487

Prendo in esame, innanzi tutto, uno degli aspetti più politicamente “scottanti”, ovvero il ruolo delle correnti nella competizione elettorale, che, pressoché dichiaratamente, la riforma si propone di depotenziare.

A tale proposito, la novità più rilevante attiene all'alto numero di piccoli collegi uninominali proposti in luogo dei tre oggi esistenti. Non è detto, tuttavia, che tale innovazione possa riuscire a cogliere detto obiettivo; in verità essa, unitamente alla prospettiva di un turno di ballottaggio assai probabile (essendo difficile che un candidato possa raggiungere il 65% dei voti di prima preferenza), che avviene addirittura tra quattro candidati, e alla previsione circa la possibilità di esprimere più preferenze, sembra sollecitare la ricerca di accordi preventivi e, in ultima analisi, pare favorire la rappresentanza dei raggruppamenti più forti e organizzati.

In altre parole, quanto meno a prima lettura, il sistema non sembra affatto porre un argine alla formazione di alleanze tra le correnti più

radicate sul territorio, con il conseguente rischio di una potenziale “spartizione a tavolino” dei vari collegi; insomma, come spesso è capitato in passato, la riforma potrebbe addirittura alimentare il male che intende combattere, con una riproduzione in forma diversa delle peggiori dinamiche del “correntismo”, a scapito sia della rappresentanza delle minoranze sia dell’effettivo potere di scelta dell’elettore.

Vero è che il meccanismo con il quale vengono contati i voti espressi a favore dei candidati, sia al primo che al secondo turno, caratterizzato dal fatto di attribuire agli stessi un peso via via degradante a seconda del posizionamento nell’ordine delle preferenze, sembra ideato appositamente per rendere più difficile –ma non impossibile– ogni calcolo a monte: la sensazione che si ricava e che, pur di sbarrare la strada all’azione delle correnti –con accorgimenti che probabilmente si riveleranno inefficaci– si sia preferito approntare un sistema la cui “cifra” più caratterizzante è la sua “indecifrabilità”, senza una vera scelta di campo, senza una vera visione: per dirla con una battuta, un’idea non così lontana da una sorta di “sorteggio” travestito.

1488

Ancora, la dimensione ridotta dei collegi –tenendo conto che l’organico della magistratura è, ad oggi, di 9787 unità, ciascun di essi coinvolge circa 500 magistrati– favorisce un legame molto stretto tra eletto e territorio, circostanza cui si collega non solo il vantaggio di rendere più probabile la conoscenza diretta, e dunque la scelta consapevole e autonoma da parte dell’elettorato, ma anche il rischio, all’opposto, dell’insorgenza di rapporti molto ripiegati sul territorio, di tipo localistico e magari “clientelare”.

Com’è stato efficacemente notato, il vagheggiato “ritorno al territorio”, presentato come il toccasana che guarirà ogni male del correntismo, può aprire le porte “ad un vizio ancor più temibile rispetto allo strapotere nazionale delle componenti organizzate: quello del localismo”, che “può produrre sacche di clientela ben più radicate e impermeabili di quelle che si possono formare con sistemi basati su circoscrizioni nazionali”³⁴.

Ma gli aspetti che destano perplessità non sono esauriti.

34 Cfr. E. GROSSO, *Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM*, in *Questione giustizia*, 30 luglio 2020.

Se con il sistema vigente tutti i magistrati votano, con tre schede separate, per i colleghi delle tre categorie dei giudici di merito, dei pubblici ministeri e dei magistrati esercenti funzioni di legittimità, il disegno di legge abbandona tale ripartizione, mantenendo soltanto la distinzione, prevista in Costituzione, tra funzioni di legittimità e funzioni di merito.

Di conseguenza, non viene più garantita, all'interno del Consiglio, una presenza predefinita di magistrati di merito giudicanti e di magistrati di merito requirenti, così da privare potenzialmente il Consiglio dell'apporto equilibrato delle diverse esperienze professionali di cui le due categorie di magistrati sono espressione³⁵.

Con specifico riguardo al collegio per i magistrati delle alte corti, poi, la riforma prevede che l'elettorato attivo e passivo sia riservato ai soli magistrati appartenenti alle stesse magistrature, venendo dunque meno la possibilità per i magistrati di merito, che quotidianamente si confrontano con il lavoro dei colleghi di Cassazione, di votare i consiglieri provenienti dalla magistratura di legittimità e per i magistrati di legittimità di votare i consiglieri provenienti dalla magistratura di merito, le cui decisioni sono chiamati a valutare quotidianamente. Si tratta di una soluzione poco convincente e piuttosto anacronistica, laddove essa induce a marcare la distanza tra magistrati di merito e magistrati di legittimità, tradendo una sorta di nostalgia dei tempi passati, quando la magistratura era rigorosamente distinta in inferiore e superiore.

1489

Ancora, con riguardo al collegio speciale che comprende i magistrati fuori ruolo, quelli dell'ufficio del massimario e delle direzioni nazionali, esso sembra pensato come una sorta di contenitore "di risulta", nel quale confluiscono categorie eterogenee, unite senza alcun criterio logico se non quello, meramente numerico, teso a consentire il formarsi di un collegio con un elettorato più o meno dello stesso peso di quello degli

³⁵ La distinzione tra le categorie dei magistrati giudicanti e dei magistrati requirenti, peraltro, non è imposta dalla Costituzione, la quale si limita a stabilire, all'art. 104, che l'elettorato passivo è riconosciuto a tutti i magistrati ordinari "appartenenti alle varie categorie", lasciando ampia discrezionalità al legislatore di individuare in concreto a quali di esse si debba fare riferimento.

altri collegi. Si noti, tuttavia, che la componente maggioritaria risulta essere quella dei magistrati fuori ruolo: ora, la possibilità per questi ultimi di scegliere di fatto un consigliere desta perplessità perché pone in particolare rilievo una categoria di magistrati, come ricordato sopra, molto problematica, sulla quale, anzi, sarebbe stato auspicabile un intervento legislativo di segno diverso, nel senso di un suo contenimento e di una sua più precisa definizione.

Infine, una sorta di “chicca” la possiamo rinvenire nella soluzione di prevedere il sorteggio del quadruplo dei candidati mancanti nel caso in cui non si giunga, in uno o più collegi, al raggiungimento del numero di dieci candidature necessarie, tenendo anche conto della necessaria presenza dei due generi; i sorteggiati, in assenza di indisponibilità manifestata entro le 48 ore, risultano candidati nel collegio secondo l'ordine di estrazione.

1490

Si tratta di una previsione nella quale fa capolino per l'ennesima volta la tecnica del sorteggio e dunque l'idea che la casualità debba avere un ruolo, seppur residuale, nella composizione dell'organo. Ma, soprattutto, con essa si sfiora davvero il ridicolo: l'eventualità che si possa essere eletti al C.S.M. a prescindere dalla propria volontà, semplicemente perché non si sono mostrati dei riflessi sufficientemente pronti all'indomani del sorteggio, appare davvero goffa, oltre che poco dignitosa per il malcapitato.

9. In conclusione

In conclusione, credo si possa affermare che il disegno di legge Bonafede delude di più laddove era più atteso, ovvero con riguardo alla riforma del Consiglio superiore della magistratura.

Aldilà delle singole previsioni, sempre perfettibili, mi pare, infatti, che la maggior parte delle scelte di fondo riguardanti la “carriera” e lo *status* dei magistrati, l'organizzazione degli uffici, gli incarichi direttivi, le interferenze tra politica e magistratura sia, in linea di massima, per lo più condivisibile, ovvero essa, talora magari con una certa timidezza, vada nella direzione da tempo auspicata dalla dottrina maggioritaria.

Al contrario, con riguardo al C.S.M., complice evidentemente la grande tensione registratasi negli ultimi mesi intorno a tale organo, la riforma sembra un po' sfuggita di mano e aver assunto dei connotati piuttosto preoccupanti.

In particolare, la soluzione predisposta dal Governo con riguardo al sistema elettorale per il rinnovo dei togati –che, come detto, costituiva la vera ragione della riforma– sembra tesa, al di là della sua evidente farraginosità, a neutralizzare alcune delle potenzialità dell'organo iscritte nel modello costituzionale.

Più che a risolvere le criticità che certamente ci sono, infatti, il progetto appare soprattutto preoccupato di ridefinire al ribasso la fisionomia del C.S.M., in coerenza con l'idea che vede in esso un organo dalla natura esclusivamente burocratico-amministrativa e dunque oscurandone la vera essenza costituzionale, di organo “di garanzia” dotato di “intrinseca politicità”³⁶.

³⁶ L'espressione è di P. BARILE, *Il CSM e la Costituzione*, in *la Repubblica*, 9 aprile 1986. Su tali aspetti F. DAL CANTO, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in corso di pubblicazione negli atti del Seminario del Gruppo di Pisa dal titolo *Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma*.

Sobre la independencia judicial y los fiscales como operadores de justicia

(A propósito de la inamovilidad
en el cargo y la estabilidad laboral)*

✍️ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR**

1. Introducción

El caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia* (en adelante “la Sentencia”) constituye un aporte fundamental en la jurisprudencia interamericana en relación con la independencia de funcionarias y funcionarios que se encargan de la impartición de justicia. En efecto, es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) se pronuncia expresamente sobre los estándares relativos a la independencia judicial aplicables también a las y los fiscales, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones que ejercen.

La víctima había sido nombrada como fiscal de forma provisoria. Sin embargo, su nombramiento se prolongó por más de doce años. El Fiscal General de la Nación emitió una resolución en donde se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Martínez Esquivia, sin

1493

* El presente texto reproduce esencialmente el voto razonado emitido en el Caso *Martínez Esquivia Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C N° 412.

** Juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

ninguna motivación¹. Este acto fue considerado por la Corte IDH como violatorio de la garantía de estabilidad a la luz de la independencia que se le debe reconocer a las y los fiscales como operadores de justicia².

En efecto, la Corte IDH estimó que las garantías a un adecuado proceso de nombramiento, a la inamovilidad en el cargo y a ser protegidos contra presiones externas, que jurisprudencialmente se ha previsto para las juezas y jueces, también opera para las y los fiscales, ya que “se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que son exigibles en su función, como principios dirigidos a asegurar que las investigaciones efectuadas y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a la realización de la justicia en el caso concreto, en coherencia con los alcances del artículo 8 de la Convención”³.

En este sentido, el Tribunal Interamericano señaló que, precisamente, la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales conduce a la violación a la independencia que garantiza el artículo 8.1 del Pacto de San José, al hacerlos vulnerables frente a represalias por las decisiones que asumen⁴. En el caso concreto, la falta de determinación de la designación como fiscal de la víctima, la puso en una posición de inestabilidad al no conocer los términos de su nombramiento ni el plazo de duración de su cargo, violándose el mencionado dispositivo convencional⁵. Asimismo, la Corte IDH declaró la violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana debido a que el “cese arbitrario afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad de la señora Martínez Esquivia”⁶. Y también se declara la violación de los artículos 8.1 y 25 del mismo tratado, al no proveer a la víctima de un “recurso eficaz”

1 En dicha Resolución se declaró insubsistente el nombramiento de la víctima, en la que sólo se expresa que “rige a partir de la fecha de su comunicación y contra ella no procede recurso alguno”.

2 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 121.

3 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 88.

4 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 88.

5 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párrs. 102 y 103.

6 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 117.

con la finalidad de proteger la garantía de estabilidad y por el retardo injustificado⁷.

Concuero con el análisis realizado en el fondo del caso, sin embargo, la desvinculación arbitraria de su cargo como fiscal también produjo, a mi juicio, una afectación en el ámbito laboral de la víctima. No obstante, la Corte IDH no entró a considerar la posible afectación del derecho al trabajo –específicamente en su faceta relativa a la estabilidad laboral–, teniendo en cuenta la particularidad del presente caso, por declararse inadmisibile el escrito de demanda de la víctima (Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, en adelante “ESAP”) al presentarse de manera extemporánea⁸. Sin detrimento de lo anterior, considero que existen elementos suficientes para entrar a dicho análisis a la luz de los hechos del presente caso y teniendo en cuenta las declaraciones y demás constancias del expediente, entre las que destaca la declaración de la víctima. Esos elementos obrantes en el expediente pudieron haber llevado al Tribunal Interamericano también a analizar la posible violación del artículo 26 de la Convención Americana.

1495

Por la anterior consideración, estimo oportuno sumar a la sentencia el presente voto individual razonado⁹, con la finalidad de subrayar la importancia de esta Sentencia para el orden público interamericano, al extender las garantías derivadas del principio de independencia judicial también a las y los fiscales, así como advertir cómo estas garantías están intrínsecamente ligadas con el derecho a la estabilidad laboral cuando se producen separaciones arbitrarias –como sucedió en el presente caso–, y cuya afectación no fue objeto de un pronunciamiento expreso de la Corte IDH en la Sentencia.

7 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párrs. 130-146.

8 *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 8.

9 De conformidad con el artículo 66.2 de la Convención Americana, “[s]i el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual”. Asimismo, conforme al artículo 65.2 del Reglamento de la Corte IDH, “Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado”.

De esta manera, a continuación, se abordarán (i) las garantías de las y los fiscales como operadores de justicia); (ii) la “inamovilidad y estabilidad en el cargo” como parte del derecho al trabajo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; y (iii) el derecho a la estabilidad laboral de la víctima en el caso concreto por la vulneración de la inamovilidad del cargo; y conclusión.

2. Las garantías de las y los fiscales como operadores de justicia

La Corte IDH ha desarrollado una rica línea jurisprudencial en donde ha determinado la importancia de la independencia judicial, como objetivo derivado del principio de separación de poderes. A partir de la cual deriva una serie de garantías para las juezas y los jueces: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la protección contra presiones externas¹⁰. En la presente Sentencia, teniendo en cuenta que las y los fiscales desempeñan funciones de operadores de justicia, la Corte IDH extendió estas garantías a dichos servidores públicos:

1496

[...] En lo que respecta a la función específica de las y los fiscales, esta Corte se ha referido en distintas oportunidades a la necesidad de que, en lo que concierne a violaciones a los derechos humanos y, en general, en el ámbito penal, los Estados garanticen una investigación independiente y objetiva, habiendo enfatizado que las autoridades a cargo de la investigación deben gozar de independencia, de *jure* y de *facto*, lo que requiere “no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”.

87. Asimismo, el Tribunal ha señalado que las exigencias del debido proceso previstas en el artículo 8.1 de la Convención, así como los criterios de independencia y objetividad, se extienden también a los órganos a los que corresponda la investigación

10 Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75, y *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 105.

previa al proceso judicial, realizada para determinar la existencia de suficientes indicios para el ejercicio de la acción penal, de manera que, sin la observancia de tales exigencias, el Estado estará imposibilitado de ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial correspondiente.

88. A partir de lo indicado, la Corte considera que las garantías a un adecuado proceso de nombramiento, a la inamovilidad en el cargo y a ser protegidos contra presiones externas también amparan la labor de las y los fiscales. De otro modo, se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que son exigibles en su función, como principios dirigidos a asegurar que las investigaciones efectuadas y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a la realización de la justicia en el caso concreto, en coherencia con los alcances del artículo 8 de la Convención. A ese respecto, cabe agregar que la Corte ha precisado que la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales, al hacerlos vulnerables frente a represalias por las decisiones que asuman, conlleva violación a la independencia que garantiza, precisamente, el artículo 8.1 de la Convención¹¹.

1497

La Corte IDH señaló, sin embargo, que esta independencia que debe ser garantizada a las y los fiscales no supone un determinado modelo de arreglo institucional a nivel constitucional o legal, teniendo en cuenta la diversidad de denominaciones, funciones y organización de las relaciones internas que pueden existir en los diferentes Estados¹².

11 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párrs. 86 a 88.

12 *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 96, nota al pie 97. La Corte IDH realiza un estudio comparativo de la regulación a nivel orgánico de las funciones que ejercen las y los fiscales en los Estados que han reconocido la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano, advirtiendo cinco supuestos:

1) Estados en los que dichas funciones son ejercidas por instituciones autónomas, cuya organización interna se sujeta al principio de jerarquía: (i) República Argentina, Ministerio Público Fiscal de la Nación (artículos 120 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación); (ii) Estado Plurinacional de Bolivia,

Por otra parte, el Tribunal Interamericano consideró, al igual que lo hizo con los precedentes que ha tenido sobre juezas y jueces nombrados en provisionalidad, que esta característica no debe significar una alteración del régimen de garantías para el buen desempeño de la función de las y los fiscales, por lo que las mismas garantías les son aplicables. En conclusión, la Corte IDH consideró que, en el caso de una o un fiscal nombrado en provisionalidad, sólo puede ser separado de su cargo por causas legalmente previstas, a saber “(i) por el acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público de oposición a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del o la fiscal provisional con carácter permanente, o (ii)

Ministerio Público (artículo 225 de la Constitución); (iii) República de Chile, Ministerio Público (artículo 83 de la Constitución); (iv) República de El Salvador, Fiscalía General de la República (artículos 191 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (v) República de Guatemala, Ministerio Público (artículos 251 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (vi) República de Honduras, Ministerio Público (artículos 1 y 5 de la Ley del Ministerio Público); (vii) República de Nicaragua, Ministerio Público (artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (viii) República de Panamá, Ministerio Público (artículo 140 de la Constitución); (ix) República del Paraguay, Ministerio Público (artículos 266 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (x) República del Perú, Ministerio Público (artículos 158 de la Constitución y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), y (xi) República Dominicana, Ministerio Público (artículo 170 de la Constitución);

2) Estados en los que la institución, organizada jerárquicamente y con autonomía funcional, forma parte del Poder Judicial: (i) República de Colombia, Fiscalía General de la Nación (artículos 249 de la Constitución y 4 del Decreto Ley 016 de 2014); (ii) República de Costa Rica, Ministerio Público (artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); (iii) República del Ecuador, Fiscalía General del Estado (artículo 194 de la Constitución y 282 del Código Orgánico de la Función Judicial), y (iv) República de Surinam, Ministerio Público (artículos 133 y 146 de la Constitución);

3) Estado en el que la institución y sus miembros se encuentran bajo la autoridad del Poder Ejecutivo: República de Haití, Ministerio Público (artículo 35 de la Ley sobre el Estatuto del Poder Judicial);

4) Estados en los que existen instituciones autónomas y se reconoce la independencia funcional o técnica de los fiscales en el ejercicio de sus funciones: (i) República Federativa de Brasil, Ministerio Público de la Unión (artículo 127 de la Constitución), y (ii) Estados Unidos Mexicanos, Fiscalía General de la República (artículos 102 de la Constitución y 12 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República), y

5) Estado en el que las funciones son ejercidas por una institución descentralizada con autonomía funcional y con reconocimiento de la independencia técnica de los fiscales en el ejercicio de sus funciones: República Oriental del Uruguay (artículos 1 de la Ley No. 19334 y 5 de la Ley No. 19483).

por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión”¹³.

3. “Inamovilidad y estabilidad en el cargo” como parte del contenido del derecho al trabajo (artículo 26 de la Convención Americana)

El derecho al trabajo que ha sido desarrollado desde la jurisprudencia de la Corte IDH ha abarcado diferentes supuestos que se han ido presentando en cada uno de los casos, tanto desde el punto de vista de las relaciones entre particulares¹⁴ como desde la perspectiva de las relaciones entre el Estado y sus funcionarios¹⁵.

Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Interamericano sobre las y los operadores de justicia ha abordado la separación de los cargos desde la óptica de la independencia judicial y desde “estabilidad e inamovilidad en el cargo”¹⁶. De este modo, como se ha manifestado, la jurisprudencia ha señalado que de la independencia judicial derivan las garantías a i) un adecuado proceso de nombramiento, ii) a la inamovilidad en el cargo y iii) a la garantía contra presiones externas¹⁷.

En cuanto a la inamovilidad de juezas y jueces (también identificada en la jurisprudencia interamericana como “estabilidad en el cargo”), la Corte IDH ha considerado que implica lo siguiente: a) la separación del cargo debe obedecer exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por

13 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 99.

14 Véase, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

15 Véase, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

16 *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 79, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 69.

17 *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, *supra*, párr. 75, y *Caso Rico Vs. Argentina. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párr. 52.

medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; b) las juezas y jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia; y c) todo proceso seguido contra juezas o jueces deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley¹⁸.

Bajo esta premisa la jurisprudencia de la Corte IDH no ha tenido la oportunidad de profundizar cómo la garantía de “estabilidad e inamovilidad en el cargo” de operadores de justicia se puede también enmarcar dentro del desarrollo jurisprudencial del derecho al trabajo y, en concreto, a la estabilidad laboral y de las condiciones justas de trabajo como parte integrante de este mismo derecho.

Este Tribunal Interamericano, desde el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*¹⁹—y reiterado en los casos de los *Trabajadores Cesados del Petroperú*²⁰, y *San Miguel Sosa y otra*²¹, consideró que el derecho al trabajo —y las diferentes manifestaciones de este derecho— son justiciables mediante el artículo 26 del Pacto de San José. Así, el derecho al trabajo deriva de las normas contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos²² y puede ser delimitado mediante la Declaración Americana sobre

1500

18 Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 79, y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 69.

19 Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 166.

20 Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344, párr. 193.

21 Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otra Vs. Venezuela*, *supra*, párrs 221 y 222.

22 “143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que: [...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos

los Derechos y Deberes del Hombre²³. A lo anterior hay que sumarle un amplio *corpus iuris nacional e internacional* que reconoce este derecho como un derecho autónomo²⁴.

En particular, con respecto a la estabilidad laboral, la Corte IDH, en el caso *Lagos del Campo* consideró:

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al

humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (*Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra*).

- 23 “144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (*Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra*).

- 24 “145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como en un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos” (*Caso Lagos del Campo Vs. Perú, supra*).

trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.

148. A manera ilustrativa, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente. En similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación No. 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores que requiere de adoptar medidas apropiadas y recursos accesibles para la tutela de los representantes de los trabajadores (supra, párr. 126).

[...]

1502

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.²⁵

Asimismo, en el caso *Spoltore Vs. Argentina*, el Tribunal Interamericano indicó que el derecho al trabajo también abarca las condiciones justas y equitativas, al ser “parte integrante” de éste²⁶.

25 *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, supra.

26 *Cfr. Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 94.

Así, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Protocolo de San Salvador”) en su artículo 7 (Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo) indica que: “[l]os Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] *d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos*, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones *y con las causas de justa separación*. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”²⁷ [énfasis añadido].

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que el derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta*. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica²⁸.

1503

Igualmente, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos

27 OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de noviembre de 1988, art. 7 inciso d).

28 Cfr. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18: El derecho al Trabajo, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, párr. 4.

válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente²⁹.

En este entendido, una de las condiciones “justas” para el trabajo es la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos”, tal como indica el Protocolo de San Salvador; lo anteriormente expuesto es concordante con lo que la sentencia desarrolla al indicar que las y los fiscales “requieren gozar de garantías de estabilidad laboral”³⁰. Así, lo que deja por sentado es que el “cargo de un operador de justicia” es también un “empleo” y, por ende, con independencia de las mínimas garantías que se deben observar en el marco de la independencia judicial, también sería relevante y pertinente hacer un análisis desde el derecho al trabajo. Lo anterior es especialmente relevante en aquellos supuestos en donde la privación del trabajo se da sin una motivación adecuada (separación o despido arbitrario), lo que podría traducirse como una forma de privación de trabajo arbitrario. De este modo, tanto “la estabilidad en el cargo” como “la estabilidad en el empleo” protegen el derecho al trabajo.

1504

Cabe precisar que no se trata de crear una permanencia absoluta en el “cargo” o “empleo”, ya que tanto la jurisprudencia sobre la estabilidad laboral³¹ es concordante con la que ha sido desarrollada en el marco de las garantías aplicables a las y los operadores de justicia (juezas y jueces). Al respecto, la Corte IDH ha señalado que la “estabilidad” en el cargo conlleva lo siguiente: (i) que la *separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas*, ya sea por medio de un proceso que cumpla con *las garantías judiciales* o porque se ha cumplido el término o período

29 Cfr. OIT, Convenio sobre la terminación del trabajo por iniciativa del empleador, No. 148, 23 de noviembre de 1985, arts. 4 y 5.

30 Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 94.

31 Por su parte, la Corte IDH ha precisado que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, “sino de respetar este derecho, *entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías*, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” [énfasis añadido] (*Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, *supra*, párr. 150),

de su mandato; (ii) que las y los fiscales solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) que todo proceso seguido contra fiscales se resuelva mediante procedimientos justos, objetivos e imparciales según la Constitución o la ley, pues la libre remoción de las y los *fiscales* fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de aquellos de ejercer sus funciones sin temor a represalias [énfasis añadido]³².

Como podemos observar, tanto desde la óptica del derecho al trabajo (estabilidad laboral y su permanencia en el empleo) como desde la garantía de los jueces (estabilidad en el cargo) existe una concordancia sobre: a) la estabilidad en el empleo/cargo y b) que éste no es indefinido y que solo puede separarse del empleo/cargo siempre y cuando se realice bajo causas justificadas y apegadas a las garantías judiciales. Entonces, se podría entender que tanto las expresiones que se han usado en la jurisprudencia de la Corte IDH como “empleo” o “cargo”, encuentran un contenido similar, en la medida que las personas que desempeñan sus funciones son “empleados”, en este caso, del Estado.

Si bien el derecho a “la estabilidad en el empleo/cargo” cobra especial relevancia para aquellos operadores de justicia que se encuentren de una manera titular en el cargo, también aplicable para aquellos operadores de justicia que sin tener la titularidad estén de manera “provisional” en el mismo³³, ya que la provisionalidad no equivale a libre remoción³⁴,

32 Cfr. *Mutatis mutandis*, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 200, y *Caso Rico Vs. Argentina*, *supra*, párr. 55.

33 Al respecto la Corte IDH indicó en el presente caso que “Lo anterior no implica una equiparación entre las personas nombradas por concurso y aquellas nombradas de forma provisional, ya que los segundos cuentan con un nombramiento limitado en el tiempo y sujeto a condición resolutoria. Sin embargo, en el marco de ese nombramiento y mientras no se verifique esta condición resolutoria o una falta disciplinaria grave, la o el fiscal provisional deben contar con las mismas garantías de quienes son de carrera, ya que sus funciones son idénticas y necesitan de igual protección ante las presiones externas” (*Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 98).

34 Cfr. *Mutatis mutandis*, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 43, y *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 148.

en la que se pueda actuar de manera injustificada, injusta o arbitraria, máxime si no se dan a conocer las razones por las cuales se separa del cargo o empleo³⁵.

Cabe señalar que el Tribunal Interamericano, en el caso *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con la obligación de garantizar el derecho al trabajo cuando se trate de la “terminación arbitraria de la relación laboral” de funcionarios estatales³⁶.

También conviene precisar que no en todo caso en donde se aleguen violaciones a la independencia judicial se analizaría forzosamente los derechos relacionados con el trabajo. Por ejemplo, recientemente, en el caso *Urrutia Laubreaux Vs. Chile*, aunque se analizó la independencia con la que debería contar la víctima, la misma no fue separada de su cargo³⁷.

1506

4. El derecho a la estabilidad laboral de la víctima en el caso concreto por la vulneración de la inamovilidad del cargo

La independencia judicial implica, entonces, para el caso de las y los fiscales, el derecho a la estabilidad en el cargo. Lo anterior es válido aún en caso de nombramientos en provisionalidad como se ha puesto de relieve. De esta forma, la Corte IDH consideró que, en el caso concreto, el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1, al haber desvinculado a la señora Martínez Esquivia de su puesto por medio de una decisión carente de motivación. En particular, el Tribunal Interamericano consideró que “la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que,

35 Al respecto la Corte IDH ya ha declarado la violación al derecho al trabajo, entre otros, por la terminación arbitraria de la relación laboral. Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, *supra*, párrs. 221 y 222.

36 Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 221.

37 Véase *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*, *supra*.

al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación³⁸ [énfasis añadido].

En el caso de la señora Martínez Esquivia, esta Corte IDH consideró que su desvinculación no respondió a ninguna causa justificada y que devenía en arbitraria. Al respecto, se señaló:

108. Por otra parte, en los párrafos anteriores (supra párrs. 96 y 99), se concluyó que la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder: (i) al acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público de oposición a partir del cual se nombre o designe al reemplazante de la o del fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión. No existen pruebas en el expediente que permitan afirmar que el proceso de separación de la señora Martínez Esquivia fue un proceso disciplinario o materialmente sancionatorio. Tampoco se tienen elementos probatorios que indiquen que el cargo ocupado por la señora Martínez Esquivia fue objeto de una desvinculación ligada a la realización de un concurso o si fue ocupado por un o una funcionaria de carrera. De esta forma, la desvinculación de la señora Martínez Esquivia no respondió a ninguna de las causales señaladas supra por lo que no respetó la garantía de estabilidad y, por ende, implicó una violación de las garantías judiciales³⁹.

1507

La señora Martínez Esquivia llevaba doce años desempeñando su puesto como Fiscal en condición de provisionalidad. Su mantenimiento durante tanto tiempo en una situación de provisionalidad y su posterior

38 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 111.

39 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*.

desvinculación arbitraria implicaron, no solamente una afectación a la independencia judicial, sino también una afectación a su condición laboral.

Ahora bien, tal como lo afirma la sentencia del presente caso “los y las fiscales desempeñan funciones de operadores de justicia y, en tal carácter, si bien no son jueces, *requieren gozar de garantías de estabilidad laboral*, entre otras, como condición elemental de su independencia para el debido cumplimiento de sus funciones procesales”⁴⁰ [énfasis añadido], por lo que el enfoque desarrollado en el apartado anterior también aplica a las y los fiscales.

En *primer lugar*, se dio por probado que el nombramiento de la señora Martínez Esquivia fue declarado insubsistente por medio de una resolución del Fiscal General de la Nación del 29 de octubre de 2004, en la cual no se consignó ninguna motivación y únicamente se precisó que “regía a partir de la fecha de su comunicación y contra ella no procede recurso alguno”⁴¹. En *segundo lugar*, es de recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁴². Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁴³.

Es de resaltar que, en su *petición inicial* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien la señora Martínez Esquivia no indicó qué derechos convencionales se estarían vulnerando, sí expresó que

40 Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 95.

41 Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 104.

42 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, *supra*, párr. 77 y *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384, párr. 120.

43 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153 y *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*, *supra*, párr. 120.

en la primera acción de tutela que interpuso a nivel interno solicitó que tutelaran, entre otros, *el derecho al trabajo* consagrado en el artículo 25 de la Constitución Nacional⁴⁴ y, por otro lado, relató que “lo que [la] llevó a instaurar la tutela [...] [fue su] creciente necesidad de buscar un sustento para [ella] y para [sus] hijos, y [que se] enc[ontraba] sola y necesit[aba] de su] trabajo para vivir, [...] por que solo [mediante las tutelas] podr[ían] [sus] hijos y ella] y todas las personas que depend[ían] de [ella], [tener] un sustento diario y una vida digna, que solo [su] trabajo po[día] dar[l]e” y pedía “que se hiciera un estudio exhaustivo, objetivo y profundo de la situación [...] planteada [...] ya que [era] una persona que solo dependía para el sustento de toda su familia y [se encontraba] desempleada”⁴⁵.

En cuanto a la Sentencia, algunos hechos resultan relevantes para advertir la relación con el derecho al trabajo:

- a) El 12 de marzo de 1992, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, designó a Yenina Martínez Esquivia como Jueza Trece de Instrucción Criminal de Mompóx. En la resolución se indicó que “se encarga a la Dra. YENINA MARTINEZ ESQUIVIA, del Juzgado Trece de Instrucción Criminal - radicado en Mompóx, mientras presenta la documentación para la conformación del cargo”. El 1° de julio de 1992, la Dirección Seccional de Fiscalía de Cartagena incorporó a la señora Martínez Esquivia al cargo de Fiscal Seccional Grado 18, en Mompóx (Bolívar). En esta resolución, no se indicó ni el tipo de nombramiento ni las condiciones del mismo⁴⁶.
- b) Durante los doce años de su nombramiento en provisionalidad, la señora Martínez Esquivia fue trasladada en varias ocasiones⁴⁷.

1509

44 Cfr. Petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2005. (expediente de prueba, folio 369).

45 Petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2005 (expediente de prueba, folios 370 y 371).

46 Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párrs. 56 y 57.

47 Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*, *supra*, párr. 58.

- c) El 29 de octubre de 2004, el Fiscal General de la Nación emitió una resolución en donde se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Martínez Esquivia. Como ya se ha indicado, en dicha resolución no se consignó ninguna motivación, únicamente se precisó que “rige a partir de la fecha de su comunicación y contra ella no procede recurso alguno”. Esta resolución le fue notificada a la presunta víctima el 4 de noviembre de 2004⁴⁸.
- d) La señora Martínez Esquivia presentó una acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, solicitando la protección de “los derechos de libre asociación, *al trabajo*, al mínimo vital, a la salud, a la vida y a la especial protección a las mujeres cabeza de familia”. Solicitó ser reintegrada en su cargo y que se le reconocieran y pagaran los salarios dejados de percibir desde la fecha de retiro. El 25 de febrero de 2005, la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena decidió no conceder la tutela a la señora Martínez Esquivia y sobre un extremo de la decisión (específicamente sobre el derecho de asociación) se indicó qué asociación debía ser conocida por medio de un proceso de fuero sindical ante el Juez Laboral⁴⁹.
- e) El 24 de febrero de 2005, la señora Martínez Esquivia presentó una demanda especial de fuero sindical contra la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se le reintegrara en el cargo que venía desempeñando. El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, por medio de resolución del 13 de diciembre de 2006, declaró sin lugar la demanda al considerar que la demandante, al ser fiscal de la República, no podía gozar de la garantía de fuero sindical, en aplicación del artículo 406 del Código Sustancial de Trabajo. El 15 de diciembre de 2006, la señora Martínez Esquivia presentó un recurso de apelación contra la decisión del Juzgado, decisión que fue resuelta casi

48 Cfr. Caso Martínez Esquivia vs. Colombia, *supra*, párr. 59.

49 Cfr. Caso Martínez Esquivia vs. Colombia, *supra*, párrs. 63 y 64.

cuatro años después, el 22 de septiembre de 2010, confirmando la sentencia de primera instancia⁵⁰.

Conforme a estos elementos es claro que, ante circunstancias en las que se separe del cargo a una o un fiscal sin mediar justificación alguna (deber de motivación), estaríamos también ante la vulneración del derecho al trabajo, ya sea como parte del derecho a la estabilidad de este o como parte de las condiciones justas para su ejercicio. Resulta especialmente relevante en el caso, la declaración jurada ante fedatario público de la víctima, en la que alegó que “[c]omo estaba en provisionalidad, todo el tiempo sentí que debía ganarme mi estabilidad dando buenos resultados en mi gestión, lo que me implicaba grandes sacrificios”⁵¹. Asimismo, con respecto a su situación posterior a la desvinculación, la víctima declaró que sus hijos y ella quedaron “en total desprotección, además de la angustia que [le] generaba el tener que buscar el sustento diario, después de haber tenido una calidad de vida aceptable”⁵².

Esta afectación a su trabajo y a su mínimo vital fueron alegados por la señora Martínez Esquivia en las dos tutelas que interpuso en sede interna⁵³, que fueron valoradas en el capítulo del “Derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales”, en la que el Tribunal Interamericano declaró violados los artículos 8 y 25 de la Convención al no

1511

50 *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párrs. 68 y 69.

51 Declaración rendida ante fedatario público por Yenina Esther Martínez Esquivia el 18 de agosto de 2020 (expediente de prueba, Folio 782).

52 Declaración rendida ante fedatario público por Yenina Esther Martínez Esquivia el 18 de agosto de 2020 (expediente de prueba, Folio 783).

53 En la primera acción de tutela, la señora Martínez Esquivia solicitó amparo a los derechos al trabajo y al mínimo vital, entre otros (*Cfr. antecedentes dentro de la Sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Laboral de Decisión el 25 de febrero de 2005, Proceso Radicación No. 00024, Tutela de Yenina Esther Martínez Esquivia contra Fiscalía General de la Nación, expediente de prueba, folio 21*). En la segunda tutela alegó una violación al derecho al mínimo vital, entre otros (*Cfr. antecedentes dentro de la Sentencia emitida por el Sentencia emitida por de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar el 26 de julio de 2005, n°T037-2005, Tutela de Yenina Esther Martínez Esquivia contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, expediente de prueba, folios 28 a 47*).

resultar el recurso de tutela un “recurso eficaz para proteger la garantía de estabilidad”⁵⁴.

De lo anterior se desprende que, en el caso de la señora Martínez Esquivia, era palpable que se encontraba involucrado el derecho al trabajo ya que:

- i) La víctima desde su petición inicial identificó que era un derecho humano que consideraba que se le había vulnerado a nivel interno,
- ii) Al menos tres recursos se dirimieron ante instancias de lo laboral y que en el fondo podrían haber analizado los derechos laborales,
- iii) La insubsistencia del nombramiento provisional de la señora Martínez Esquivia como fiscal, luego de haberse desempeñado durante aproximadamente doce años en el cargo sin que existiera una motivación de las razones de la separación del cargo, se podría calificar –de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH–, como una separación arbitraria, que se traduciría en un despido injustificado o injusto, y
- iv) Su desvinculación arbitraria le impidió seguir cotizando para su pensión, situación que motivó la medida de restitución ordenada por la Corte IDH⁵⁵.

1512

En este último aspecto, debe señalarse también que, en lo relativo a la indemnización por daño material, en el capítulo de reparaciones ordenadas por el Tribunal Interamericano, con base en el principio de complementariedad y subsidiariedad, se estimó seguir el criterio establecido por la Corte Constitucional de Colombia cuando ha calificado “que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo”⁵⁶. En

54 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 140.

55 *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 155.

56 *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 166.

otras palabras, la Corte IDH siguió un criterio de indemnización laboral para fijar la reparación que hubiera obtenido si a nivel interno se le hubieran protegidos sus derechos.

Pero, más allá de esta medida de reparación, esta afectación pudo haber conducido a la Corte IDH a condenar al Estado de Colombia por violación al derecho a la estabilidad laboral. Si bien la afectación al artículo 26 de la Convención no fue alegada por la Comisión y los alegatos iniciales de los representantes no pudieron ser tomados en cuenta debido a la presentación extemporánea del ESAP, la Corte IDH pudo haber recurrido a la práctica reiterada del principio *iura novit curia*⁵⁷. En efecto, tal como se mencionó *supra*, del cuadro fáctico presentado por la Comisión y de la prueba admitida se puede deducir claramente una afectación en la condición y en la estabilidad laboral de la señora Martínez Esquivia.

5. Conclusión

En suma, esta Sentencia es un aporte esencial al orden público interamericano, al ampliar las garantías de la independencia judicial a las y los fiscales, incluso cuando se desempeñan en situación de provisionalidad, desarrollando estándares para su nombramiento y desvinculación. Cabe destacar que para ello también se acudió a criterios de los sistemas regionales de derechos humanos europeo⁵⁸ y africano⁵⁹, así como del sis-

1513

57 Cfr., *inter alia*, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 163; *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 189; *Caso Lagos del Campo vs. Perú, supra*, párr. 139; *Caso San Miguel Sosa y otra Vs. Venezuela. supra*, párr. 219; *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 171, y *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 204.

58 Véanse los casos mencionados en el párr. 92, así como las notas al pie de página 94 y 95 de la Sentencia.

59 Véanse los principios y directrices relativos al derecho a un juicio justo y a asistencia jurídica en África. Cfr. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, supra*, párr 93.

tema universal⁶⁰ y del Consejo de Europa⁶¹, lo que fortalece el diálogo multinivel en materia de derechos humanos.

Desde mi perspectiva, lo que la Corte IDH ha identificado como la “inamovilidad” o “estabilidad” en el “cargo” como parte de las garantías de las y los operadores de justicia, responde también a una de las manifestaciones del derecho al trabajo y su estabilidad para ejercerlo. Por ello, considero que en casos de separaciones, ceses o remociones arbitrarias, no solo se debe valorar las posibles violaciones desde los artículos 8 (garantías judiciales) y 23 (derechos políticos) de la Convención Americana, como sucedió en este caso; sino que sería necesario —cuando la Comisión Interamericana o las víctimas lo invoquen o pueda desprenderse de los hechos particulares del caso—, ampliar el análisis a una visión más comprensiva e integral a la luz del derecho al trabajo, protegido por el artículo 26 del Pacto de San José, por tratarse de un “empleo” que ejercen los operadores de justicia.

60 Véanse las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales, así como los criterios de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados. *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párrs. 89 y 90.

61 Véase, entre otros elementos, la Declaración de Burdeos, relativo al informe conjunto del Consejo Consultivo de Jueces Europeos y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos. *Cfr. Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia, supra*, párr. 91.

Las sentencias fundadoras del sistema europeo de garantía de los derechos humanos*

✍ ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ**

Dedicatoria

En febrero del año 2000 me recibió en Pisa una lluvia fina y gélida. Un Arno oscuro y profundo. Una ciudad recia y antigua. Y un escenario nuevo para la que iba a ser mi vida profesional a partir de entonces. Era mi segundo año de doctorado. La primera vez que salía a un país Europeo a vivir y estudiar. Fueron tiempos difíciles, todo un desafío. Y el profesor Roberto Romboli estuvo allí desde el principio, sobrio como buen toscano, pero siempre pendiente de lo que hacía, de que las dificultades no fueran insuperables. Han pasado veinte años, y el profesor Romboli siempre ha estado presente, de un modo u otro en el camino. La austeridad ha dado paso a una entrañable forma de entender la amistad. Desde su aprendizaje del castellano hasta su voluntad de abrirse a horizontes geográficos y académicos nuevos, y también a una nueva forma de ver la Universidad, todo en estos veinte años ha hecho aumentar mi admiración por el académico y por la persona. Sobre todo por la persona.

1515

El texto que presento como homenaje a su trayectoria quiere resaltar la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como actor básico de la construcción del sistema europeo de garantías de los derechos

* Una versión extendida de este artículo, en lengua francesa, fue publicada en la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 31 année, n°. 121, 1 enero de 2020, bajo el título “La création d'un standard européen ou l'époque des « arrêts fondateurs »”.

** Letrada del Tribunal Constitucional Español. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

individuales. Habiéndose cumplido 60 años de actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y tras más de 20.000 pronunciamientos, resulta interesante reflexionar sobre el patrimonio doctrinal contenido esa ingente cantidad de resoluciones. Este artículo identifica las pautas útiles para seleccionar las sentencias básicas dictadas por el TEDH, entendiendo que las mismas conforman parte inescindible de ese patrimonio europeo común derivado de la construcción pretoria de los derechos humanos. Un capital que permite seguir resolviendo hoy los grandes problemas de vulneración de derechos en el continente. Problemas que no se alejan tanto de los que ya ocupaban al Tribunal hace 60 años.

1. **Apuntes metodológicos sobre la noción y selección de las “sentencias fundadoras”**

El 3 de septiembre de 1953 entró en vigor el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950¹. En esa fecha se alcanzaron las ratificaciones que exigía el art. 62.2 CEDH y, tras la creación de la Comisión Europea de Derechos Humanos (el 18 de mayo de 1954), y la elección de los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (21 de enero de 1959), el 14 de noviembre de 1960, se dictó la primera sentencia del Tribunal de Estrasburgo, en el *asunto Lawless c. Irlanda*. A partir de ese momento, y hasta el 1 de noviembre de 1998, cuando entró en vigor el Protocolo núm. 11, la Comisión europea de Derechos Humanos y el Tribunal, a los que se unían el Comité de Ministros del Consejo de Europa, actuaron como un sistema institucional coordinado para asegurar la observancia del Convenio y de los Protocolos adicionales que fueron sumando derechos a los inicialmente reconocidos. Hoy, nos referimos a ese primer período de actividad del TEDH como la fase del “antiguo Tribunal”, a la que siguió un Tribunal único y permanente que,

1 Poco antes, el 5 de mayo de 1949, el Tratado de Londres había constituido el Consejo de Europa, con la firma de Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Reino Unido y Suecia. De los países fundadores los que ratificaron más tarde el CEDH fueron Bélgica (14/06/1955), Italia (26/10/1955), Holanda (31/08/1954) y, sorprendentemente tarde, Francia (03/05/1974).

habiéndose abierto a todos los ciudadanos de los Estados firmantes del Convenio, se verá obligado a desarrollar una serie de estrategias procesales tendentes a realizar el trabajo de filtrado de demandas que previamente realizaba la Comisión (LÓPEZ GUERRA, 2018).

Sin duda alguna, 1998 es un punto de inflexión en la trayectoria del sistema europeo de protección de los derechos humanos, por el modo de organización del sistema, y por el propio procedimiento jurisdiccional de garantía de cumplimiento de los mandatos derivados del Convenio y sus protocolos. Ese punto de inflexión también supuso un incremento exponencial del número de asuntos tratados por el Tribunal. Hasta finales de 1998 la Corte había rendido 837 sentencias. En los 20 años transcurridos desde entonces, han sido casi 22.000².

En ese mar de sentencias, es en el que debe bucearse para identificar las sentencias fundadoras, que pueden recibir otras denominaciones quizá más populares: *arrêts phares*, en francés; *key cases o leading cases o landmark cases*, en inglés; *sentencias básicas o sentencias clave*, en castellano, o *sentencias hito* acudiendo a la terminología desarrollada en la academia colombiana particularmente por Diego López Medina (LÓPEZ MEDINA, 2006). Pero ¿qué es una sentencia fundadora?, y ¿por qué resulta de interés su análisis en un análisis retrospectivo sobre la historia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo?

Las sentencias fundadoras, si atendemos a la etimología del vocablo “fundación”, serían aquellos pronunciamientos judiciales de fondo, que inician o crean una determinada jurisprudencia, siendo pioneras, por tanto, de una concreta forma de “decir derecho”. Esta definición, sencilla, nos permitirá identificar como sentencias fundadoras a muchas de las que dictó el antiguo Tribunal hasta el año 1998, porque en ese período se fue desarrollando progresivamente, en el sentido más amplio que cabe dar a ese término, el contenido de los derechos recogidos en el Convenio y sus

2 Para consultar las estadísticas actualizadas del TEDH puede acudirse a (último acceso 14 de diciembre de 2020): <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports/factsfigures&cc=fre> (último acceso 14 de diciembre de 2020).

protocolos, y se identificaron paulatinamente los escenarios convencionales³, es decir los problemas o situaciones fácticas típicas de interpretación del CEDH, en relación con cada uno de los derechos en él reconocidos, y a los que había que dar respuesta. Así, deberíamos entender que las sentencias básicas son todas las relevantes en la construcción de una determinada línea jurisprudencial y que, dentro de éstas, las sentencias fundadoras de línea son las que, pronunciadas como regla general durante el periodo inicial de actividad de una Corte, contienen dictados amplios, fijan el alcance de la aplicación del texto a interpretar y formulan conceptos jurídicos innovadores, para dar respuesta a problemas jurídicos bien definidos, de cuya solución va a derivarse la creación de una determinada línea jurisprudencial. Llegados a este punto, puede decirse que las sentencias fundadoras se caracterizan:

1518

- i) Por tratarse de sentencias pioneras de una línea jurisprudencial concreta;
- ii) Por definir conceptos jurídicos relacionados con la situación jurídica –escenario convencional– que se plantea para su resolución;
- iii) Por contener un test o un canon argumentativo tendente a guiar la solución del caso concreto y que puede extrapolarse a la solución de situaciones equivalentes. En el caso de las sentencias fundadoras que, además, se dictan en los primeros años de la actividad de un tribunal, se suelen formular por vez primera este tipo de test o canon;
- iv) Por conformarse como precedente y, por tanto ser llamadas por el órgano judicial como fuente de las decisiones sucesivas. Es decir son sentencias con un valor reforzado de cosa interpretada por cuanto son citadas por el propio Tribunal que las dictó como argumento de autoridad, lo cual es particularmente relevante en el caso del sistema europeo de derechos humanos si se

3 Diego LÓPEZ MEDINA, en su trabajo (2006) habla de “escenarios constitucionales”, y tomo prestada la idea para llevarla al ámbito de aplicación del Convenio.

tiene en cuenta el efecto expansivo del art. 46 CEDH. No puede sorprender que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya asumido el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho del sistema. Si bien no se reconoce un claro principio de *stare decisis*, propio de los sistemas de *common law* presentes en dos de los Estados fundadores (Reino Unido e Irlanda), resulta evidente que el respeto a la coherencia con las decisiones previas de Estrasburgo, más allá de asegurar el respeto al derecho a la igualdad en la aplicación del Convenio, y la preservación de la seguridad jurídica de los Estados y de los propios ciudadanos, permitía amplificar el impacto de sus decisiones, reforzando el efecto de cosa interpretada de las mismas.

Una vez expuestos los elementos conceptualmente definitorios de estas sentencias, el trabajo más complejo consiste en identificarlas. El propio TEDH realiza esta labor de identificación con las sentencias dictadas a partir del año 1999⁴, siguiendo lo preceptuado por el art. 78 del Reglamento del Tribunal⁵, pero no ha hecho lo propio con los pronunciamientos previos, a los que categoriza, en bloque, y según el protocolo accesible en la web del HUDOC, como sentencias categoría 1 o de importancia alta. Por tanto, realizar un análisis de las sentencias fundadoras elaboradas por la antigua corte, exigiría formular un cribado de más de 900 pronunciamientos, lo que, sin duda, excede de las posibilidades de este trabajo.

4 Hasta el año 2015 esta selección se publicaba en la colección denominada “Recueil d’arrets et décisions” disponible en línea en la página del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, y actualmente se denomina “selección d’affaires phares” y también se encuentra disponible en línea.

5 El precepto establece que “de conformidad con el artículo 44 § 3 del Convenio, las sentencias firmes del TEDH se publicarán en debida forma, bajo la responsabilidad del Secretario, que es además responsable de la publicación del repertorio oficial que incluye una selección de sentencias y decisiones, así como de todos los documentos que el Presidente del TEDH considere preciso publicar”. Ahora bien, la selección de las sentencias hito, para su posterior publicación, depende en la actualidad de la Sala de Gobierno del TEDH (Capítulo II del Reglamento de régimen interior), con la asistencia y a propuesta del jurisconsulto (art. 18 B del Reglamento de régimen interior) desde el año 2014, siendo competencia de este “asegurar la calidad y coherencia de su jurisprudencia”, desde la Secretaría del Tribunal, en la que se integra orgánicamente.

Para ello, no serviría acudir a un criterio sencillo de selección, como el referido al órgano emisor del pronunciamiento. Si bien a partir del año 1990 empieza a ser constante la ratio porcentualmente superior de sentencias dictadas por la Sala, respecto de las dictadas por el Pleno, lo cierto es que esa diferenciación no ofrece pautas fiables sobre la importancia de un pronunciamiento en la creación de una determinada línea jurisprudencial. Sentencias inequívocamente fundadoras como la sentencia en el *asunto Airey c. Irlanda* (de 9 de octubre de 1979) fueron dictadas por la Sala, mientras que otras, como por ejemplo *Handyside c. Reino Unido* (de 7 de diciembre de 1976), son producto de la discusión en el Plenario. La selección de las sentencias fundadoras debe responder, por tanto, a otros criterios que vayan más allá de la apreciación subjetiva sobre la importancia de un determinado pronunciamiento.

La formulación de un método, en este caso, resulta fundamental y podría venir inspirado por las herramientas siguientes:

1520

1. *El recurso a las autocitas.* Una vez hemos asumido que la creación jurisprudencial del derecho por parte del TEDH, sobre la base del texto constitutivo del sistema que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se integra en un modelo de creación pretoria del derecho, es preciso entender que la cita de los precedentes propios también forma parte de este modelo de argumentación. Por esa razón, cuando se analiza cuáles son las sentencias del Tribunal a las que el propio órgano acude sucesivamente para fundar sus resoluciones posteriores, como argumento de autoridad y base de sustento de la previsibilidad de dichas decisiones, puede extraerse con facilidad un elenco de sentencias clave.
2. *Las referencias del resto de cortes del sistema de protección multi-nivel de derechos humanos.* Idéntico mecanismo de cita, en este caso externa, puede ser empleado para verificar qué sentencias de otras Altas Cortes son tenidas como sentencias definidoras del contenido básico de los derechos contemplados en el CEDH y que encuentran equivalente en las Constituciones nacionales o, incluso, en el sistema de reconocimiento de derechos

de la Unión Europea, decantado hoy en la Carta de Niza, pero identificado previamente a través del recurso al concepto de las tradiciones constitucionales comunes. Dicho de modo más sencillo, se trataría de analizar qué sentencias del TEDH son las más citadas por el TJUE, y por las Altas Cortes nacionales con competencias específicas en materia de protección de los derechos fundamentales. No obstante, hemos de ser conscientes de que el recurso a este criterio de selección puede arrojar dos tipos de sesgos.

En el caso de las citas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se verifica con facilidad que es mucho más frecuente encontrar referencias a las sentencias de Estrasburgo en las Conclusiones de los Abogados Generales que en las propias sentencias, y que, incluso en este caso, lo más habitual es que esas referencias sean meros argumentos *ad abundantiam*. Esto significa que la *ratio decidendi* de las decisiones del TJUE no se ubica en los párrafos que citan la jurisprudencia de Estrasburgo, de modo que los criterios jurídicos que sustentan la decisión son formulados como criterios “originales” por el Tribunal de Justicia, encuentren la inspiración donde quiera que la encuentren. Los argumentos a mayor abundamiento son manifestaciones colaterales, o subsidiarias, o de refuerzo. De modo que acudir a la cita que hace Luxemburgo de las sentencias de Estrasburgo no resulta un criterio suficientemente clarificador para identificar las sentencias clave de este último, aunque pueden ser una fuente de información interesante para identificar donde se encuentran los puntos de confluencia temática entre ambas jurisdicciones.

Por lo que hace a las citas contenidas en las sentencias de los tribunales nacionales, no resulta sencillo obviar el sesgo derivado de la condena al Estado signatario. Dicho en otros términos, la cita a la jurisprudencia del TEDH será más intensa respecto de las sentencias condenatorias del Estado al que pertenece el Tribunal que formula la cita, porque ese órgano judicial

también está obligado a dar cumplimiento, siquiera por la vía de la integración interpretativa a las sentencias de Estrasburgo. Además, también serán más frecuentes las citas a las sentencias de TEDH en los sistemas donde exista un recurso específico de protección de los derechos fundamentales que culmine ante el Tribunal Constitucional. Es el caso, por ejemplo, de España, Portugal, Austria y Alemania.

3. *La relevancia de una sentencia en el marco del ordenamiento jurídico del Estado al que se refiere.* En este caso estamos hablando del impacto de las sentencias como elementos transformadores del propio sistema, y un análisis de este tipo nos obligaría a analizar cuáles han sido los cambios provocados en el ordenamiento nacional con el objetivo de dar cumplimiento al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, las sentencias más importantes serían las que han provocado cambios en el propio sistema constitucional, incluso en la Norma Fundamental del sistema de fuentes, para ir matizándose esa relevancia cuanto menor sea el rango de la norma que haya debido ser modificada, cuando la lesión del derecho del convenio encontrase su raíz en las propias normas. Obviamente la adopción de reformas institucionales o de modificaciones estructurales también atribuye mayor interés a un pronunciamiento del TEDH, mientras que la mera compensación o indemnización por los daños individuales sufridos por el recurrente, rebaja la relevancia de la resolución analizada desde este punto de vista.
4. *La selección basada en el interés que suscita en la doctrina un determinado pronunciamiento.* En este caso los sesgos también son excesivamente grandes como para poder extraer conclusiones categóricas. El interés de la doctrina depende del interés del tema de que trate la sentencia, pero puede tratarse de un interés político o de impacto del asunto en la opinión pública, más que de un interés científico. La doctrina analizará con más frecuencia sentencias condenatorias del propio Estado, y en pocas ocasiones se llevan a las publicaciones científicas

comentarios de sentencias relativas a otros Estados, que tengan escaso impacto directo en el ordenamiento patrio, por más que su interés objetivo sea relevante. El análisis, desde esta perspectiva, exigiría además hacer un recorrido por la doctrina científica de todos los Estados del Consejo de Europa, o de las revistas internacionales sobre la materia, pero incluso esas revistas contemplan sesgos por nacionalidades. Por tanto, el análisis formulado desde este ángulo no me ha ofrecido, por lo que hace a las sentencias de los primeros años de vida del Tribunal, ningún resultado relevante.

5. *La selección basada en una ratio temporal.* En la primera década de vida del TEDH (entre 1960 y 1969) se dictaron apenas 7 sentencias, y solo una de ellas mereció la atención del Plenario. En la segunda década (1970-1979) fueron 20 (la mitad de ellas de Sala). Y en la tercera década el número subió a 134 sentencias (el 43% de Plenario). A partir de la cuarta década el número de pronunciamientos se dispara exponencialmente y pasamos a 775 en diez años, con 150 pronunciamientos en los últimos dos años de la década (aunque aquí solo el 6,7% fueron de Pleno). El seguimiento de tal número de sentencias comienza a resultar complicado, como lo resulta identificar las sentencias hito, incluso con la aplicación de los criterios que acaban de ser expuestos. El número de sentencias clave continua siendo elevado incluso centrándonos en las sentencias de Pleno.

1523

Por estas razones el criterio finalmente escogido para formular la selección contenida en este trabajo es meramente temporal, y opta por analizar el carácter fundador de las sentencias dictadas en las dos primeras décadas de actividad del TEDH. En este caso el número se reduce a 27 pronunciamientos si nos limitamos a las sentencias de fondo, lo que hace razonablemente abarcable el análisis para un trabajo doctrinal corto⁶. Todas ellas, pueden considerarse sentencias fundadoras de línea

⁶ En aquel período, los Estados destinatarios de las sentencias del Tribunal no eran los mismos que requieren su atención preferente al día de hoy, lo que ofrece una idea de

jurisprudencial, en la medida en que ponen las bases de lo que será la jurisprudencia sucesiva en relación con el derecho respecto del que las hayamos categorizado como sentencias básicas, y ninguna de esas líneas ha sido modificada en lo sustancial respecto de lo establecido en estas sentencias iniciales.

Dicho esto, no todas las sentencias tienen el mismo relieve, ni la misma importancia, ni son citadas con la misma intensidad por la jurisprudencia sucesiva, ni son objeto de atención por la doctrina o la jurisprudencia nacional en la misma medida. En cada caso se formularán, respecto de estas cuestiones, las valoraciones que sean pertinentes. El análisis sucesivo se elabora en función del derecho invocado respecto del que la sentencia se puede considerar como sentencia fundadora de línea jurisprudencial, pero téngase presente que, en muchos casos, se invocan varios derechos del Convenio en un mismo asunto. Si la sentencia se clasifica en función de un determinado derecho es porque, a juicio de esta autora, es respecto del mismo que puede ser considerada sentencia fundadora, en el sentido de que marca el inicio de una determinada línea jurisprudencial que atiende a un escenario convencional bien definido.

1524

2. Art. 3 CEDH: prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes

En los *asuntos Irlanda c. Reino Unido* (sentencia de 18 de enero de 1978) y *Tyrer c. Reino Unido* (sentencia de 25 de abril de 1978), se abordan dos dimensiones muy distintas del derecho a no sufrir un trato

cómo ha cambiado el panorama de garantía de los derechos humanos, desde el punto de vista geográfico, a results del mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de protección, que ha derivado en una mayor observancia del Convenio, y en el ajuste de los mecanismos internos de cumplimiento de las resoluciones del TEDH (sean de índole jurisdiccional, sean de naturaleza ejecutiva o de naturaleza política). Así, las sentencias analizadas se refieren a Bélgica (22%), Reino Unido (19%), Austria y Alemania (15 %), Irlanda (11%), Suiza y Holanda (7%) y Dinamarca (4%). La mayoría, las que se refieren al fondo, consideran vulnerado alguno de los derechos invocados (63%), y un número significativo se refiere a la interpretación de alguna de las vertientes del art. 5 CEDH, es decir del derecho a la libertad personal (el 37%).

degradante por parte de agentes del Estado (art. 3 CEDH). En el primer asunto el Tribunal aborda qué tipo de agresión infringida por agentes de la autoridad puede ser considerada tortura, trato inhumano o trato degradante, y ello en el contexto de la grave situación de violencia que se vivió entre unionistas y republicanos en la Irlanda del Norte de los años setenta. En el segundo se da contenido a la noción de pena degradante, en el marco de las condenas a sufrir castigos físicos.

La República Irlandesa lleva al Reino Unido ante la Comisión para denunciar como contrarias al Convenio algunas medidas de detención, prisión e internamiento extrajudicial, así como las técnicas de interrogatorio desarrolladas durante las privaciones de libertad, llevados a cabo por las autoridades inglesas en el Ulster (territorio de Irlanda del Norte bajo soberanía de Reino Unido). Todas las medidas cuestionadas se adoptan en el marco de la legislación destinada a combatir las actividades terroristas (particularmente, aunque no solo, del Ejército Republicano Irlandés-IRA-) y los graves desórdenes públicos entre unionistas y republicanos que venían sucediéndose, de manera particularmente intensa desde 1969 y hasta que se presenta la demanda. La sentencia afirma que, para que los malos tratos incidan en el ámbito del art. 3 CEDH, se requiere un mínimo de gravedad, siendo este mínimo una *“cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima”* (§162). Además, el Tribunal sustenta que la prohibición de tortura lo es en términos absolutos, cualesquiera que sean los actos de la víctima, sin excepciones, y no cabe derogación ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación (§163), tal y como se deduce del art. 15.2 CEDH. La sentencia mantiene, asimismo, que existe una distinción entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes que se basa en la intensidad de los sufrimientos infligidos (§167), reservándose el término tortura para los tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles. A partir de estas consideraciones generales, el Tribunal analiza las técnicas de interrogatorio, que se tienen por probadas tras la investigación realizada por la Comisión, para calificarlas como tratos inhumanos y degradantes contrarios al art. 3 CEDH.

Anthony M. Tyrer fue sometido cuando tenía quince años a un castigo consistente en recibir tres azotes con una vara de abedul, por parte de tres agentes de la autoridad, en presidencia de su padre y de un médico. Ese castigo corporal había sido impuesto por un tribunal de menores de la Isla de Man, basándose en una norma del año 1927, tras la confesión del recurrente de haber agredido a un compañero de escuela. En la sentencia, el Tribunal es llamado a dar contenido a la interdicción de penas degradantes del art. 3 CEDH, una vez que descarta que el castigo corporal sufrido por Anthony Tyrer pueda ser considerado como pena inhumana, porque no infligió en el menor el nivel de sufrimiento necesario para formular esta calificación. Sin embargo, sí se asume que el castigo es una pena judicial corporal, prevista en la ley, impuesta por un órgano judicial y ejecutada por un agente de la autoridad estatal, susceptible de ser tenida por degradante, al tener un componente humillante no tolerable en el contexto dado y en virtud de la forma en que ha sido ejecutada (§30). Resulta sumamente interesante constatar que, en esta sentencia, el TEDH asume que el Convenio es un instrumento vivo, que hay que interpretar a la vista de las circunstancias contemporáneas. La idea de la interpretación evolutiva se dejará ver más adelante en otras sentencias, y será asumida también por las cortes nacionales, suponiendo un paso más como criterio hermenéutico que sumar a la interpretación literal y contextual que aparece en las primeras sentencias con particular intensidad.

3. Art. 5 CEDH: derecho a la libertad y a la seguridad

Las sentencias fundadoras respecto de este derecho son las más numerosas, alcanzando la decena. La mayoría de estos asuntos tratan sobre la duración razonable de la detención gubernativa y sobre la necesidad de que cualquier privación de libertad sea supervisada por un órgano judicial garante de las condiciones de la detención.

En la primera de las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, en el *asunto Lawless c. Irlanda* (sentencia de 1 de julio de 1961), la Corte se enfrenta al complejo problema de los derechos de las personas vinculadas a grupos violentos, considerados por los Estados como

un riesgo para la seguridad nacional, y frente a los que cabe la adopción de medidas de represión excepcionales. El Sr. G.R. Lawless se reconocía como miembro del IRA (Irish Republican Army) en 1956. Tras haber sido detenido y procesado en dos ocasiones previas por su pertenencia a este grupo, fue detenido el 13 de julio de 1957 sin intervención judicial alguna, para terminar en un campo de detención militar (Curragh Internment Camp), de donde saldría el 11 de diciembre de 1957. El recurso plantea la contradicción con los arts. 5 y 6 CEDH de este proceder que contaba, por otro lado, con la oportuna cobertura normativa en una ley de 1940, relativa a los ataques contra la seguridad del Estado y modificativa de la *Offences against the State Act* de 1939. El Tribunal asegura la aplicación del CEDH también a las personas integrantes de grupos que, como era el caso del IRA, tenían por objetivo desestabilizar el sistema democrático con métodos contrarios a la propia Convención. El Tribunal afirmó, a este respecto, que el art. 17 CEDH no puede ser interpretado para negar a estas personas la titularidad de los derechos que proclama el Convenio, cuando no se prevalecen de esos derechos para justificar actividades contrarias a los mismos. A partir de este presupuesto, el Tribunal afirma que el art. 5.1.c) CEDH exige que los detenidos sean conducidos ante una autoridad judicial cualquiera que sea la causa de la detención, debiendo entenderse como un todo los apartados 1 y 3 del art. 5 CEDH, en el sentido de que exigen proceder a la inmediata conducción del detenido a presencia judicial, atendiendo al mandato de que sea juzgado en un plazo razonable, siempre bajo la finalidad de proteger la libertad y seguridad de las personas contra las detenciones arbitrarias. Ahora bien, a pesar de lo dicho, el Tribunal aplica al caso la excepción contenida en el propio art. 15 CEDH, justificando la derogación parcial de las obligaciones previstas en el Convenio para los Estados contratantes, cuando se dé una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente, que afecte al conjunto de la población, y constituya una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado. Sobre la base de la excepción, en este caso, Estrasburgo desestima la demanda, afirmando que, en el contexto de la situación de riesgo que se vivía en Irlanda, habría quedado justificada la adopción del conjunto de medidas contempladas en la legislación de excepción del año 1940, respetuosas por lo demás

del principio de proporcionalidad. Años después de pronunciarse esta sentencia, en el *asunto Irlanda c. Reino Unido* (sentencia de 18 de enero de 1978) el Tribunal se ajusta exactamente a la jurisprudencia fijada en *Lawless* en relación con el art. 5 CEDH.

En *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (sentencia de 18 de junio de 1971), se plantea, de un lado la cuestión de los límites al internamiento de las personas vagabundas que, según el art. 5.1. e) CEDH, es admisible siempre que se realice conforme a derecho, y de otro el alcance de las garantías jurisdiccionales de revisión de la detención derivadas del art. 5.4 CEDH. Cada uno de los recurrentes en este asunto (Jacques de Wilde, Franz Ooms, Edgard Versyp) encajaban dentro de la definición de vagabundos del art. 347 del Código Penal Belga de 1867, por no tener domicilio cierto, ni medios de subsistencia, ni ejercer habitualmente un oficio o una profesión, y todos ellos habían comparecido voluntariamente ante la policía, por no tener donde dormir, conduciéndoles esta ante el juez de paz, quien, en cada uno de los tres casos, decretó la privación de libertad. La detención se mantuvo 7 meses en el caso De Wilde; un año, nueve meses y seis días para Versyp, internados ambos en un hospicio; y un año para Ooms, internado en un establecimiento de asistencia. El Tribunal de Estrasburgo admite, en primer lugar, que la definición formulada por la legislación belga sobre las personas vagabundas cabe en la excepción contemplada en el art. 5.1.e) CEDH, y que, en estos tres casos, la excepción se aplicó de manera adecuada. Ahora bien, la sentencia niega que la regulación belga respete el derecho de las personas internadas a la comprobación jurisdiccional de la legalidad de la medida adoptada (art. 5.4 CEDH). Asume el TEDH que el control de la legalidad de la detención por parte de un Tribunal exige que, si la decisión de privación de libertad procede de un órgano administrativo, se prevea un recurso ante un órgano judicial. Y en este punto de la construcción pretoria del contenido del precepto, el Tribunal define lo que, a estos efectos, solo es un “tribunal” el órgano (que puede ser único) que ofrece las garantías fundamentales procesales que se aplican en materia de privación de libertad (§76), teniendo por tales la garantía de independencia en relación con el ejecutivo y las partes, y las garantías de un procedimiento judicial equivalente al que existe en las detenciones en materia penal (§78-80).

En este punto del razonamiento, el Tribunal reconoce que el juez de paz belga no cumple tales requisitos, aunque sí los cumplía el procedimiento de rechazo de las peticiones de puesta en libertad sucesivas, dirigidas al Ministerio de Justicia, puesto que hubieran podido recurrirse estas ante el Consejo de Estado.

También se refiere a la interpretación que deba hacerse del apartado e) del art. 5.1 CEDH la sentencia que resuelve el *asunto Winterwerp c. Holanda* (sentencia de 24 de octubre de 1979). En este supuesto se trata de atender a la privación de libertad de los “enajenados”, esto es de los enfermos mentales, concretando las condiciones de la detención cuando la misma afecta a estas personas, particularmente cuando, como en el supuesto de hecho, son internadas en establecimientos destinados a su tratamiento psiquiátrico sin su consentimiento. El Sr. Winterwerp fue internado en un asilo el 17 de mayo de 1968, por orden del alcalde de la ciudad en que se encontraba el sanatorio, y conforme a un procedimiento de urgencia previsto en la legislación nacional, continuando posteriormente el encierro sobre la base de distintas disposiciones legales. El 11 de agosto de 1971 se le nombró un curador que nunca solicitó la salida del centro médico en que se encontraba. El Sr. Winterwerp denunciaba en su recurso haber sido privado arbitrariamente de su libertad y no haber sido escuchado por un tribunal ni informado de las decisiones que habían ido prolongando su internamiento.

1529

En esta sentencia el Tribunal empieza por plantear que no es función suya definir el alcance de la expresión “enajenado”, aunque descarta que pueda tenerse por tal quien por sus ideas o comportamiento se separa de las normas predominantes en una sociedad determinada (§ 37), al tiempo que exige que, para privar de libertad a una persona mentalmente enferma, el diagnóstico sobre su salud mental haya sido probado por la autoridad nacional competente y tras un examen médico objetivo (§ 39). Adicionalmente la privación de libertad solo se legitimaría para atender a un problema que revista una naturaleza o alcance que verdaderamente lo exija, y sólo durante el tiempo en que persista dicho problema. Y si bien las autoridades nacionales gozan de cierta discrecionalidad para pronunciarse sobre el internamiento de un enfermo mental, el Tribunal se reserva la revisión de las decisiones estatales desde la perspectiva del

Convenio. En particular, el Tribunal verifica que el internamiento se decide conforme a las vías legales previstas en la legislación nacional, que debe respetar una serie de principios generales, como que se trate de un procedimiento equitativo y adecuado, que la decisión de privación de libertad emane de una autoridad cualificada que la ejecute y no revista un carácter arbitrario (§ 45). Una vez constatada la ausencia de lesión del art. 5.1 CEDH, el Tribunal aborda la cuestión de la observancia del art. 5.4 CEDH, remitiendo en gran medida al contenido de la sentencia *De Wilde, Ooms y Versyp*, para concluir que cuando hay decisión sobre la privación de libertad, es preciso que el interesado tenga acceso a un Tribunal para ser escuchado directamente, o mediante algún modo de representación, debiendo asegurarse las mismas garantías respecto de los enfermos mentales, aunque deban modificarse las condiciones de ejercicio de ese derecho asegurando que las modificaciones no lo desnaturalicen, o incluso, imponiéndose garantías especiales de procedimiento para proteger a quienes “*a causa de sus problemas mentales, no son enteramente capaces de actuar por sí mismos*” (§ 60). En relación con el Sr. Winterwerp, el TEDH entiende que, no habiéndosele dado audiencia en ningún momento y no habiéndosele comunicado nada ni sobre el desarrollo del procedimiento ni sobre el resultado, no se han respetado las exigencias derivadas del art. 5.4 CEDH.

Un escenario convencional distinto es el que presenta el *asunto Engel y otros c. Holanda* (sentencia de 8 de junio de 1976). En este caso se trata de la cuestión de la extensión de las garantías contenidas en este precepto a las privaciones de libertad acordadas en el marco de procedimientos disciplinarios. Los recurrentes fueron sujetos a sanciones disciplinarias en el curso de la realización de su servicio militar como soldados o suboficiales. La cuestión principal a dilucidar por el TEDH es si, en el ámbito del derecho castrense, caracterizado de entrada por aplicarse a contextos en que la extensión del derecho a la libertad de movimiento está condicionado por las reglas de disciplina militar (§ 59), también se aplican las garantías del art. 5 CEDH, y la respuesta es positiva (§ 57). Partiendo de esa base, la sentencia reconoce también que los Estados gozan de un amplio “margen de apreciación” para organizar su sistema de disciplina militar, de modo que los límites impuestos por el art. 5 no son

idénticos para militares y para civiles. A pesar de ello, y una vez determinadas las condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas, lo que suponga restricción de la libertad dentro de esas condiciones ha de ser analizado desde la óptica de las restricciones al art. 5 CEDH, teniendo en cuenta “*un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida considerada*” (§ 59). Formulando este examen pormenorizado sobre cada uno de los supuestos de hecho, el Tribunal concluye que uno de los arrestos provisionales del Sr. Engel resulta contrario al art. 5.1 CEDH.

Junto a las sentencias que centran el ámbito de aplicación del propio art. 5 del Convenio, el otro eje de atención preferente de la Comisión y del Tribunal, en este período, y respecto del derecho a la libertad, tiene que ver con la delimitación de las condiciones de la privación provisional de libertad, esto es, con la interpretación del art. 5.3 CEDH.

En el asunto *Wemhoff c. Alemania* (sentencia de 27 de junio de 1968), el Tribunal interpreta el alcance de la expresión “plazo razonable” de la detención provisional (art. 5.3 CEDH), en respuesta a la demanda planteada por un nacional alemán, corredor de comercio, acusado de fraude e incitación prolongada al abuso de confianza. El Tribunal entiende que las previsiones del art. 5.3 CEDH se refieren al plazo de la detención provisional, que va hasta el momento en que se decide sobre el fundamento de la acusación, es decir hasta la primera sentencia condenatoria, porque en ese espacio temporal se valoran los límites impuestos al derecho a la libertad de una persona cuya inocencia se presume. A partir de esta interpretación, sobre la extensión de lo que debe ser entendido como detención o prisión provisional, se aborda la noción del “carácter razonable” del mantenimiento de la privación de libertad dejando totalmente abierta la noción, cuya concurrencia será apreciada, en cada caso, siguiendo las circunstancias de la causa (§10). Frente a la propuesta de la Comisión, que había formulado un método tendente a definir criterios cuya aplicación al caso permitiría valorar la razonabilidad de la duración de la detención, el Tribunal opta por formular un análisis meramente formal y externo de los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar el mantenimiento de la detención, analizando su pertinencia y suficiencia para valorar si habría superado, o no, los límites de lo razonable

contraviniendo el artículo 5.3 del Convenio (§12). En relación con la detención de Wemhoff, justificada por las autoridades judiciales nacionales en el riesgo de fuga y de destrucción de pruebas, el Tribunal entiende que las jurisdicciones alemanas razonaron adecuadamente la concurrencia de los riesgos que justificaban el mantenimiento en prisión provisional (§13 a 15), y que la excepcional duración de la instrucción y el proceso estaban justificadas por la complejidad del asunto y algunas causas concomitantes que no fue posible evitar (§17).

1532

El mismo problema jurídico es el que se resuelve en el *asunto Neumeister c. Austria* (sentencia de 27 de junio de 1968). Pero aquí, el TEDH, valora como insuficientes los argumentos de la jurisdicción austriaca relativos al riesgo de fuga y vinculados al incremento en la gravedad de los delitos que se le imputaban a medida que avanzaba la instrucción. Esta insuficiencia en la valoración se suma a las consideraciones del Tribunal sobre la inadecuación del argumento relativo a la imposibilidad de hacer frente a la cuantía de una fianza, fijada esta en función del daño que se le imputa al detenido y no en virtud de sus medios de vida, sus lazos con los avalistas y a la confianza que se tenga en que la perspectiva de pérdida o ejecución de la garantía, en el supuesto de no comparecer en el juicio, será freno bastante para eliminar cualquier idea de fuga. (§13-14). En la misma línea jurisprudencial se incluyen *Stögmüller c. Austria*, *Matznetter c. Austria*, ambas sentencias de 10 de noviembre de 1969, y *Ringesein c. Austria* (de 16 de julio de 1971), resolviéndose en todas ellas, además de algunas otras cuestiones puntuales menos relevantes, el problema del exceso del plazo razonable de duración de la detención preventiva.

La última sentencia que conforma este eje, que es también la última del período considerado, resuelve el *asunto Schiesser c. Suiza* (de 5 de diciembre de 1979). El recurrente se entregó el 5 de abril de 1976 a la policía, después de haber estado un tiempo huido, y esta le condujo ante el procurador del distrito, órgano competente para decretar la prisión provisional, que estipuló su conveniencia para este caso, habida cuenta del riesgo de que el detenido hiciera desaparecer pruebas. A esta razón, el procurador que conoció del recurso contra la decisión inicial sumó la de riesgo de fuga. Revisadas ambas decisiones en sede jurisdiccional el

recurrente planteó ya, en el orden interno, la cuestión de la incompetencia del procurador para adoptar la decisión de privación provisional de libertad, al entender que no era un magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales en el sentido del art. 5.3 CEDH. A este respecto el TEDH, centrado en este caso en determinar si el procurador es o no un magistrado competente para decidir sobre privaciones de libertad, concluye que el art. 5.3 CEDH deja a los estados la elección de la figura que puede asumir la antedicha competencia. No obstante, esa figura debe congrega las siguientes características: la independencia del ejecutivo y las partes (§ 31); el respeto a la obligación procedimental de oír personalmente al individuo que comparece ante ella (§ 31); ajustarse a la exigencia de fondo vinculada al examen de las circunstancias que actúan en pro o en contra del arresto, pronunciarse según criterios jurídicos sobre la existencia de razones que lo justifiquen y, en su ausencia, demandar la puesta en libertad (§ 31). La conclusión final del razonamiento del Tribunal en este caso es que, de la aplicación del canon expuesto no puede deducirse la falta de respeto al art. 5.3 CEDH.

1533

4. Art. 6 CEDH: derecho a un proceso justo, a la presunción de inocencia, y a las garantías del procedimiento

En 15 de los 27 asuntos del periodo a examen, se denuncia la vulneración de alguno de los derechos contenidos en el art. 6 CEDH, fundamentalmente de los que se integran en el párrafo 1 y se refieren a la audiencia pública, la interdicción de las dilaciones indebidas, y el juez imparcial predeterminado por la ley y el proceso equitativo o con igualdad de armas procesales. Ahora bien, no en todas las sentencias se desarrolla doctrina destacable en torno al precepto. Los pronunciamientos dignos de ser destacados, en relación con este derecho, como sentencias hito son los que a continuación se exponen.

En las sentencias *Golder c. Reino Unido* (sentencia de 21 de febrero de 1975) y *Airey c. Irlanda* (sentencia de 9 de octubre de 1979) se plantea si la imposibilidad para acceder a un abogado que pueda conducir un determinado procedimiento supone o no la vulneración del derecho a un proceso justo.

En el caso de Sidney Elmer Golder, ciudadano que se encontraba cumpliendo condena en una prisión inglesa, en la isla de Wight, la solicitud del abogado fue denegada por la autoridad competente, concretamente el Ministro del Interior. El objetivo de la asistencia letrada que solicitaba era interponer, una vez resultó eximido de toda responsabilidad disciplinaria y penal, una demanda civil contra un funcionario de la cárcel que le había denunciado por agresiones en el marco de un amotinamiento. El Tribunal se pregunta si el art. 6.1 CEDH garantiza el derecho de acceso a los tribunales a cualquier persona que desee iniciar una acción relativa a sus derechos y obligaciones de carácter civil, o si asegura únicamente el derecho a un proceso equitativo ya existente. Este interrogante surge de la constatación de que el art. 6.1 CEDH no proclama expresamente un derecho de acceso a los Tribunales, pero el análisis literal del precepto, su interpretación sistemática a la luz del derecho internacional de los tratados y de los principios generales universales de derechos humanos, permite concluir que el derecho de acceso a los tribunales para iniciar una acción civil, está integrado en el art. 6.1 CEDH. Por tanto el derecho de acceso a la jurisdicción es un elemento inherente al derecho anunciado en el art. 6.1 CEDH y no una interpretación extensiva del precepto que imponga a los Estados nuevas obligaciones (§ 36). En el caso concreto, el Tribunal entiende que, si bien ningún derecho es absoluto, los límites impuestos en este caso no son admisibles y por tanto se ha dado la vulneración del art. 6. 1 CEDH.

El de Johana Airey es un asunto similar en lo que hace a la imposibilidad de acceso a la jurisdicción, pero difiere en un punto: la Sra. Airey sí pudo contactar con varios abogados, solicitando llevar el caso de separación de un marido, que la había sometido durante años a malos tratos, pero ninguno aceptó llevar el caso ante la dificultad del proceso y la falta de medios económicos de Johana, que no pudo acceder a la jurisdicción de familia porque en Irlanda, el Estado del que es nacional y al que demanda ante la Comisión, la asistencia jurídica no está prevista para los asuntos de separación. El enfoque de este caso, el escenario convencional por tanto, exige al Tribunal definir una dimensión prestacional del derecho de acceso a la jurisdicción, y aclarar si la asistencia jurídica por parte del Estado integra o no el derecho contemplado en el art. 6.1 CEDH.

La construcción de la jurisprudencia exigida para dar respuesta a esta cuestión requiere al Tribunal diluir la división entre derechos de libertad y derechos de prestación, o derechos sociales, proclamando la unidad del sistema de derechos humanos y la necesidad de que la Convención asegure una protección real y concreta del individuo, asumiendo la existencia de un continuo entre los derechos civiles y políticos y su eventual protección económica o social (§ 26). Así, el Tribunal afirma que, teniendo en cuenta que la Convención tiene por finalidad proteger no los derechos teóricos o ilusorios, sino los derechos concretos, y que ello tiene particular incidencia respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, habida cuenta del papel eminente que ocupa en una sociedad democrática, solo un sistema que garantice ese acceso será respetuoso del art. 6 CEDH. Los obstáculos fácticos, que dificulten este acceso, pueden oponerse a la Convención tanto como los obstáculos jurídicos, y por eso el cumplimiento de los compromisos asumidos al firmar el Tratado exige, en ocasiones, medidas positivas de los Estados, y la garantía de un derecho efectivo de acceso a la jurisdicción se encuentra entre los compromisos que exigen este tipo de medidas (§ 25). El Tribunal, reconociendo que en este caso ha existido lesión del art.6.1 CEDH, asume también que se haya en el ámbito de competencia de los Estados fijar los medios que debe emplear para asegurar ese derecho, y que pueden oscilar desde la previsión de un sistema de asistencia jurídica a la simplificación de los procedimientos para facilitar al ciudadano que los afronte sin asistencia letrada.

1535

En materia de imparcialidad del juzgador, el *asunto Delcourt c. Bélgica* (sentencia de 17 de enero de 1970) determina la posición del Fiscal en los procedimientos judiciales. Frente al Sr. Delcourt se habían abierto varios procesos por delitos de fraude y falsedad. Una vez condenado, y en la fase de recurso de casación, el Fiscal intervino en la deliberación del Tribunal –con voz pero sin voto–, siendo asociada esa participación, por el recurrente, con el quebranto del principio de igualdad de armas derivado del art. 6.1 CEDH. El Tribunal analiza en detalle la intervención del Ministerio Fiscal en la casación según la legislación belga, para determinar si existe o no desigualdad de armas en el proceso en perjuicio del recurrente. La conclusión final es negativa porque se asume que la Fiscalía General funciona con independencia del Ministerio de Justicia –que sí tiene

facultad de condicionar la actividad de las fiscalías en primera instancia y en apelación—, y con carácter autónomo respecto de las fiscalías de instancia, de modo que no se conforma como adversario del procesado cuya condena se lleva a la casación. Como consecuencia de esta constatación, Estrasburgo sostiene que la independencia e imparcialidad del Tribunal de Casación no puede ser afectada por la presencia de un miembro de la Fiscalía General en sus deliberaciones una vez que ha quedado demostrado que dicha Fiscalía es, en sí misma, independiente e imparcial (§ 35).

1536

En lo que hace al mandato de que el proceso no excede de una duración razonable en el tiempo, el *asunto König c. Alemania* (sentencia de 28 de junio de 1978), da la posibilidad al Tribunal para que defina el ámbito de aplicación de esta garantía frente a las dilaciones indebidas en un procedimiento. Si bien no es esta la primera sentencia que se refiere a la cuestión, sí es el primer supuesto en que se proyecta la interdicción de dilaciones indebidas fuera del ámbito del proceso penal, siendo además el objeto exclusivo del pronunciamiento. La definición del carácter razonable de la duración de un procedimiento es relativa y exige valorar las circunstancias del caso. Para los supuestos de procesos penales, el Tribunal ya había dicho en los *asuntos Neumeister* (§ 20 y 21) y *Ringeisen* (§ 110) que la razonabilidad de la duración de los mismos se puede valorar teniendo en cuenta la complejidad del caso, el comportamiento del demandante y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales. En el supuesto presente, se aplica el mismo criterio para resolver el recurso planteado, afirmando que, apreciado el conjunto de los diversos elementos, no puede justificarse el retraso ni en las dificultades de la instrucción ni en el comportamiento del demandante, sino que puede imputarse buena parte del retraso a la actuación del Tribunal, tanto en lo que hace al procedimiento sobre la retirada de la autorización de actividad de la clínica, como en lo relativo al procedimiento de retirada del permiso para ejercer la medicina, y ello aunque la duración del primer procedimiento superase los 10 años y la del segundo hubiera sido la mitad de extensa. Esto demuestra que no se trata de valorar los años o meses pasados, sino de cualificar el comportamiento del Tribunal o tribunales y valorar si actuaron con la debida diligencia para hacer avanzar el procedimiento.

El derecho de asistencia de un intérprete en el curso del procedimiento penal [art. 6.3 e) CEDH] es abordado en la sentencia, de 28 de noviembre de 1978, en que se resuelve el *asunto Luedicke, Belkacem y Koc c. Alemania*. En cada uno de los tres supuestos de hecho que concluyen llevándose de forma acumulada ante la Comisión, las personas llevadas ante los tribunales alemanes en los años 1973, 74 y 75, eran de origen extranjero y, por tanto, necesitaron de la asistencia de un intérprete para comparecer en el proceso que les fue facilitado. Ahora bien, una vez fueron declarados culpables en las causas seguidas contra ellos, se les condenó al pago de las costas, lo que incluyó los honorarios del intérprete. La cuestión, en este caso, es que la gratuidad que impone el Convenio para la asistencia de intérprete es considerada por la legislación alemana como una remisión del pago de los honorarios bajo condición de no resultar declarado culpable, y un entendimiento tal no cabe dentro de la interpretación auténtica del texto, que compete realizar al Tribunal. El art. 6.3.e) CEDH alude a una exoneración definitiva, a una dispensa de pago (§40).

Por último, en el *asunto Engel y otros c. Holanda* (sentencia de 8 de junio de 1976) el Tribunal asume que se integra dentro del margen de apreciación de los Estados el establecimiento de una distinción entre el derecho penal y disciplinario, fijando los límites de uno y de otro, pero con ciertas condiciones. Así, el Convenio permite tipificar como infracción penal una acción y omisión que no constituya el ejercicio normal de los derechos contenidos en el CEDH, pero no tipificar como infracción disciplinaria o mixta, con preferencia sobre la calificación penal, un determinado comportamiento para excluir su sanción de las garantías previstas en los arts. 6 y 7 CEDH (§ 81). Para analizar si tal tratamiento ha sido efectuado por un Estado signatario de manera indebida, el Tribunal estudia si los textos que definen la infracción pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado, al derecho penal, al disciplinario o a ambos; examina cual es la naturaleza de la infracción; y atiende al grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado (§ 82). Aplicando este canon de examen, el Tribunal entiende que fueron sujetos a procedimientos que hubieran debido ser de carácter penal los recurrentes De Wit, Dona y Schul (§ 83-85), pero no los demás. Y respecto de aquellos, el Tribunal entiende que se han vulnerado las garantías de publicidad del

procedimiento judicial (art. 6.1 CEDH) al haberse celebrado las audiencias contradictorias del procedimiento en presencia de las partes pero a puerta cerrada.

5. Art. 8 CEDH: respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia

En los primeros años de actividad del Tribunal no se desarrolló en exceso la que, después, sería una jurisprudencia sumamente evolutiva e innovadora, por dar cabida en el respeto a la vida privada y familiar a un amplio derecho a la autodeterminación personal. Pero de las sentencias que en estos primeros 20 años se centraron en la interpretación del art. 8 CEDH, dos se refirieron al respeto al secreto de las comunicaciones, y solo dos al derecho a la vida familiar: la relativa a *algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* (sentencia de 9 de febrero de 1967), y la que resuelve el *asunto Marckx c. Bélgica* (sentencia de 13 de junio de 1979). La primera de las dos sentencias citadas define el contenido esencial del precepto, que luego irá evolucionando claramente, cuando establece que el objeto del mismo es “*proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en su vida privada o familiar*”, aunque no excluye “*que las medidas adoptadas en el campo de la educación puedan afectar al derecho al respeto de la vida privada y familiar, o atentar contra el mismo; así sería, por ejemplo, si fuera su finalidad, o resultara de ellas, la perturbación de la vida privada o familiar de modo injustificado, particularmente al alejar de forma arbitraria a los hijos de sus padres*” (§7).

En los autos *Golder c. Reino Unido* (sentencia de Pleno de 21 de febrero de 1975), y *Klass y otros c. Alemania* (sentencia del Pleno de 6 de septiembre de 1978) el Tribunal se refiere a la vertiente del art. 8 CEDH referida al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad de la correspondencia.

En el primer asunto, la invocación del art.8 CEDH está íntimamente conectada con la denunciada violación del art. 6.1 CEDH, porque la sentencia se centra en el supuesto de imposibilidad de comunicar con el abogado que se deriva de la prohibición administrativa de

establecer contacto con un abogado por cualquier conducto. El tribunal asume, como lo había hecho previamente en relación con el derecho de acceso a los tribunales, que la imposibilidad misma de iniciar correspondencia es la forma más radical de interferencia en el ejercicio de ese derecho (art. 8.2 CEDH), y que no existen límites implícitos al ejercicio de dicho derecho. No se niegan, en cambio, los límites asociados al ejercicio del derecho por una persona privada de libertad, pero tales límites han de apreciarse en razón de las exigencias razonables de la detención como la defensa del orden o la prevención en infracciones penales (§45), no dándose, en este caso, ninguna circunstancia justificativa de la injerencia.

En el segundo asunto, la base fáctica es diversa, y por eso también lo es el alcance del pronunciamiento. Lo que se plantea en este caso, es el control del Tribunal Europeo sobre una norma de medidas excepcionales de intervención de las comunicaciones que limitaba el control judicial sobre las mismas, así como la información a los afectados de haber sido sometidos a este tipo de vigilancia. Se dilucida, sobre todo, si determinados sujetos, en este caso tres abogados y un juez, están legitimados para acudir ante la Comisión primero, y el Tribunal después, con el objeto de impugnar una norma sin ser más que víctimas potenciales de la vulneración de derechos que imputan a dicha norma. Los cuatros recurrentes denuncian el art. 10.2 de la Ley fundamental de Bonn, y la ley de 13 de agosto de 1978 cuyas previsiones conllevan una restricción del secreto de la correspondencia, y de los envíos postales y de las telecomunicaciones. Los recurrentes entienden que no existe control judicial de las medidas limitativas de derechos previstas en la ley, y que eso es contrario a los arts. 6 y 8 CEDH.

El primer elemento clave al que se refiere la sentencia, tiene que ver con la definición de la condición de víctima de una vulneración del Convenio. Como regla general se establece que los particulares no tienen una suerte de acción popular a su servicio, que les permita controlar en abstracto la compatibilidad de las normas internas de un Estado signatario, con el Convenio. Pero admite que, el respeto al efecto útil del Convenio, puede llevar aparejada la extensión de esta regla. En el caso concreto, los

recurrentes alegan el carácter secreto de la interceptación de las comunicaciones, lo que impediría, debido a ese carácter secreto previsto en la ley, conocer la lesión de derecho e iniciar la vía de procedimiento pertinente para atacarlas. Por tanto, si en este supuesto no se diera la posibilidad de abordar la denuncia planteada, ello debilitaría la eficacia del mecanismo de garantía del Convenio cuyas cláusulas de procedimiento deben ponerse al servicio de la eficacia del sistema de demandas individuales (§34). El Tribunal constata que cuando un Estado establece una vigilancia secreta, cuya existencia resulta desconocida por las personas que son controladas, deviniendo esa vigilancia inatacable, el art. 8 CEDH puede ser reducido a la nada (§36) por lo que la mera posibilidad de que cada usuario de un servicio postal o de telecomunicaciones pueda ser vigilado sin que nunca llegue a enterrarse, supone un atentado directo de esos potenciales usuarios al derecho que le reconoce el art. 8 CEDH. El segundo elemento clave, y de orden general, que desarrolla la sentencia, tiene que ver con la interpretación de que sea un “recurso efectivo”, en el ordenamiento interno, y a los efectos del art. 13 del Convenio, que exige la existencia de ese tipo de recursos para que el convenio encuentre aplicación en los ordenamientos nacionales. En este supuesto, la interpretación del precepto se encuentra condicionada por el juicio que se formule sobre la legislación alemana sometida a examen, que no prevé un recurso judicial específico frente a las medidas de vigilancia.

Más allá de estas dos interesantes cuestiones procesales, el Tribunal entra a valorar si la normativa alemana impugnada vulnera o no el art. 8.1 CEDH por afectar al derecho al secreto de la correspondencia. Y la conclusión es afirmativa. Así, se parte del presupuesto evidente de que las medidas de vigilancia tienen cobertura legal, verificando además que su finalidad, que es salvaguardar la seguridad nacional y/o asegurar la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, es una finalidad convencionalmente aceptada. Analizadas, una a una, las medidas concretas, el procedimiento administrativo tendente a su adopción y el procedimiento de recursos frente a dicha adopción, el Tribunal afirma que las salvaguardas previstas en la ley son bastantes en relación con la decisión de adoptarlas, existiendo una suerte de control *a priori* de la

adopción de las medidas y también un cierto control sucesivo, aunque no sea jurisdiccional. Por lo que hace al control sucesivo, el Tribunal entiende que la falta de notificación individual de haber sido objeto de las medidas de vigilancia no vulnera el art. 8 CEDH, porque la finalidad es legítima, y porque la revelación de la medida podría comprometer el fin a largo plazo que motiva el origen de la vigilancia. Los eventuales abusos no se presumen, sino que, al contrario, el Tribunal entiende que en una sociedad democrática como la de Alemania, las autoridades competentes aplican correctamente la legislación en causa, que es suficientemente garantista, habida cuenta de la finalidad (antiterrorista) de la norma.

6. Art. 10 CEDH: libertad de expresión

Si bien el primer asunto en el que se aborda la interpretación del art. 10 CEDH fue *Engel y otros c. Holanda*, las dos sentencias materialmente fundadoras en esta cuestión son las que resuelven el asunto *Handyside c. Reino Unido* (sentencia de Pleno de 7 de diciembre de 1976) y *The Sunday Times num. 1* (sentencia de Pleno, de 26 de abril de 1979). Las dos parten de supuestos similares, en cuanto el problema de inicio en ambos casos fue el secuestro de publicaciones, y construyen una doctrina de los límites a las libertades informativas cuyos elementos esenciales se mantienen intactos, a pesar del cambio radical sufrido por los medios de comunicación en estas cuatro décadas.

En el que también se conoce como el asunto del “Libro rojo del colegio”, el Tribunal responde a la comunicación de la Comisión sobre la demanda planteada por el Sr. Richard Handyside. Este era propietario de la editorial “Stage 1”, y decidió publicar en Reino Unido, con algunas adaptaciones, el original noruego titulado “The Little Red Schoolbook”, uno de cuyos capítulos se dedicaba a la educación sexual, estando destinado a niños y niñas a partir de los doce años. Frente a repetidas denuncias, el Director of Public Prosecutions promueve una investigación policial, que avoca a la adopción de un mandato cautelar de secuestro del libro, en aplicación del art. 3 de sendas leyes de 1959 y 1964 sobre las publicaciones obscenas. Tras el oportuno proceso penal, se condenó al Sr. Handyside al pago de una multa, confirmándose la retirada del libro de

circulación y la destrucción de la matriz, porque los tribunales nacionales concluyeron que la sección sobre la sexualidad del libro, e incluso el capítulo sobre los alumnos, tenía por finalidad depravar y corromper una importante fracción de los jóvenes que tuvieran la oportunidad de leerlo, y particularmente a niños de menos de dieciséis años.

En primer término el Tribunal identifica la libertad de expresión como derecho afectado por las medidas cautelares y por la condena definitiva (§43) y asume que tales injerencias son ilegítimas y violan el art. 10.1 CEDH, salvo que encajen en alguna de las excepciones previstas en el párrafo 2 del precepto. Para verificar si es así, el Tribunal recurre al canon que, hoy, se ha convertido en pauta de razonamiento inquebrantable: 1) se verifica si la limitación está prevista por la ley, lo que es el caso en el asunto que nos ocupa (§44); 2) se contrasta si las restricciones a la libertad de expresión eran necesarias, en una sociedad democrática, con el objetivo de proteger la moral (§45), entendiéndose, en el supuesto de hecho que las leyes aplicables tenían por fin legítimo combatir las publicaciones obscenas definidas por su tendencia para «depravar y corromper», finalidad esta íntimamente unida a la protección de la moral que prevé el art. 10.2 CEDH (§46); 3) se realiza un juicio de necesidad de las medidas concretas adoptadas, teniendo en cuenta que no existe ni una noción europea uniforme de lo que sea la moral, ni una noción invariable, contingencia esta que permite a los Estados formular una noción más precisa y adaptada a la realidad del alcance de esta noción (§48). Reconocido, pues, un amplio margen de apreciación, la facultad no es ilimitada y queda sujeta al control último del Tribunal (§49). A la hora de analizar la necesidad de la medida restrictiva de la libertad de expresión, el Tribunal establece que: i) la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, condición para su progreso y desarrollo; ii) el reconocimiento de las libertades comunicativas del art. 10 CEDH se proyecta hacia las informaciones o ideas bien recibidas, hacia las indiferentes, y hacia las que molestan a otros ciudadanos o incluso a los poderes públicos, siendo esto una exigencia del respeto al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática»; y iii) el ejercicio de la libertad de expresión implica la asunción de deberes y responsabilidades. A partir

de esta estructura argumentativa, la sentencia integra la injerencia en la libertad de expresión, en este supuesto de hecho concreto, como medida restrictiva necesaria para la protección de la moral de los menores de edad (§51-52).

Por su parte, la sentencia “The Sunday Times núm. 1”, se refiere a la prohibición cautelar de difundir una determinada noticia, cuya publicación había sido previamente anunciada. La empresa farmacéutica Distillers Company (Biochemicals) Limited, fabricaba medicamentos que contenían talidomida, hasta que se prohibió su comercialización una vez se descubrió que su suministro a mujeres embarazadas producía malformaciones graves en los fetos y, por tanto, discapacidad severa en los nacidos. Se identificaron 450 casos en Reino Unido, y en 1971 se abrieron negociaciones judicialmente supervisadas entre una parte de los afectados y la farmacéutica. Si bien algunas concluyeron con acuerdo amistoso, trescientas ochenta y nueve demandas contra la Distillers se encontraban pendientes en 1971, y tras un complejo procedimiento, la negociación entre los afectados y la empresa concluyó en septiembre de 1972, con la creación de un fondo dotado con una determinada cuantía económica, que debía ser homologado judicialmente en el mes de octubre al referirse a indemnizaciones para personas vivas. El 24 de septiembre de 1972, apareció en el Sunday Times el artículo titulado “Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame”, criticando, entre otras cosas, la cuantía de las compensaciones que se estaban negociando y anunciando la publicación de otro artículo relativo a la historia de la tragedia. A petición de la empresa farmacéutica, la Divisional Court de la Queen’s Bench Division prohibió publicar el artículo al considerarlo desacato al Tribunal, por encontrarse el procedimiento judicial aún abierto, siendo esta decisión finalmente confirmada por la Cámara de los Lores que amplió su alcance ordenando al Times Newspapers Ltd., a sus empleados o mandatarios que no se publique artículo o documento “que juzgue prematuramente cuestiones de negligencia, de violación de un contrato o de incumplimiento de una obligación o trate de elementos de prueba que se refieran a alguna de estas cuestiones planteadas en cualquier juicio pendiente o inminente contra la Distillers (...) concerniente a la puesta a punto, distribución o utilización del medicamento “talidomida”.” Si bien

el artículo no fue publicado, el «Sunday Times» difundió a lo largo del mes de octubre informaciones sobre los «niños de la talidomida» y el derecho de indemnización de los daños corporales, y se abrió un encendido debate público en prensa e incluso en la Cámara de los Lores, como consecuencia del cual el proyecto de arreglo fracasó y en diciembre de 1972 y enero de 1973 la Distillers formuló nuevas proposiciones, elevando la cantidad del fondo. Finalmente, la prohibición judicial al Times Newspapers Ltd. se levantó el 23 de junio de 1976, apareciendo el artículo en prensa cuatro días más tarde.

1544

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal aplica el mismo canon establecido en la sentencia del asunto Handyside con algún matiz final que conduce, en este caso, a la estimación de la demanda. Así, se constata que la restricción del derecho a la libertad de información está prevista en la ley, admitiendo que esa previsión puede venir hecha tanto en el derecho escrito como en el consuetudinario, siendo este el caso de la figura de la «contempt of court» o desacato al Tribunal, en el *Common Law*. El Tribunal asume que *“si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está «prevista por la ley», con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico”* (§47). Dada la particularidad del caso, el Tribunal encuentra necesario explicar que la exigencia de previsión legal para la introducción de límites al ejercicio de derechos se da por cumplida, cuando la norma sea suficientemente accesible al conocimiento del ciudadano afectado por ella, y cuando sea lo bastante previsible, como permitir a ese mismo ciudadano definir su conducta y, con la asesoría oportuna, prever razonablemente las consecuencias de sus actos (§49).

En segundo término, se verifica que la injerencia respondía a fines legítimos previstos en el art. 10.2 CEDH. En este caso, el fin de garantizar de «la autoridad e imparcialidad del poder judicial» (§55), así como los derechos de los litigantes en un determinado procedimiento (§56). Y, por último se somete a juicio de necesidad la medida denunciada, para concluir negando tal necesidad, a pesar de reconocerse un amplio

margen de apreciación al Estado, en materia de definición de los límites a la libertad de expresión en el contexto de cada sociedad. El Tribunal parte de la premisa de que el margen nacional de apreciación no es igualmente amplio para cada uno de los fines perseguidos por el artículo 10.2 CEDH (§59) y que, sin duda, es menor para fijar la protección de la autoridad del poder judicial, como en este caso, que para determinar la protección de la moral como en el asunto Handyside. A partir de la constatación previa, avanza para determinar “*si la «injerencia» correspondía a una «necesidad social imperiosa», si era «proporcionada al fin legítimo que perseguía», si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran «pertinentes y suficientes» a tenor del artículo 10.2*” (§62). Y a la hora de aplicar esta pauta de enjuiciamiento, el Tribunal llega a la conclusión de que la restricción fue desproporcionada en la medida en que afectaba a un medio de comunicación, que está llamado “*a comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los Tribunales, así como de aquellas que se refieren a otros sectores de interés público*”, función esta que se complementa con un derecho del público a recibir esa información (§65). Y para juzgar si la injerencia se fundaba sobre motivos «suficientes» que la hacían «necesaria en una sociedad democrática» hay que tener en cuenta todos los aspectos del caso que hacen referencia al interés público (§65), un interés que, reconoce el Tribunal, rodeaba a la catástrofe de la thalidomida, no solo en el Reino Unido, sino en toda Europa (§66).

1545

7. Art. 11 CEDH: libertad de asociación sindical

En relación con este precepto, pueden identificarse tres sentencias fundadoras. La que resuelve el asunto del *Sindicato Nacional de la Policía Belga c. Bélgica* (sentencia de Pleno de 27 de octubre de 1975) es la que se puede tener como sentencia hito, creadora de una nueva línea jurisprudencial. Las otras dos, fechadas ambas el 6 de febrero de 1976, aplican esencialmente la jurisprudencia de la primera. Son las que resuelven el *asunto del Sindicato sueco de conductores de locomotoras c. Suecia, y el asunto Schmidt y Dahlström c. Suecia*.

El *Sindicato Nacional de la Policía Belga*, se queda fuera de la definición de sindicato más representativo en el marco de la administración

local por aplicación del art. 2.2 del Real Decreto de 2 de agosto de 1966, razón por la que el precepto fue impugnado, alegando que debían ser considerados también como sindicatos representativos las organizaciones que agrupasen a los funcionarios por categorías profesionales, porque de otro modo los sindicatos de categoría tendrían menor capacidad de acción. Para resolver el conflicto planteado el Tribunal es llamado a interpretar el art. 11.1 CEDH, en el que incluye la libertad sindical como modalidad específica de la libertad de asociación y sin perjuicio de que sea el art. 6.1 de la Carta Social, de 18 de octubre de 1961, el Convenio del Consejo de Europa que con más detalle desarrolla esta libertad. La sentencia establece que la libertad sindical reconocida en el art. 11.1 CEDH no garantiza ni a los sindicatos ni a sus miembros un trato específico por parte del Estado y, en concreto, el derecho a ser consultados por éste. Por tanto, el derecho de consulta sindical no se incluye dentro del ámbito de protección contenido en el art. 11.1 del Convenio. Ahora bien, que no exista un derecho de consulta convencionalmente consagrado no desmerece el derecho de los sindicatos de actuar para luchar por la defensa de los intereses de sus miembros ante el Estado (§37-40). Tampoco contradice el Convenio el hecho de que el Estado belga haya desarrollado la política del sindicato más representativo, que no se puede reputar contraria con la libertad sindical siempre y cuando no infrinja los arts. 11 y 14 CEDH. Por lo que hace a esta cuestión, el Tribunal asume que existe en la legislación belga una distinción de trato entre los sindicatos más representativos y los que no tienen esta calificación. Y, en este punto, el Tribunal recuerda una de las claves de su interpretación del art. 14 del Convenio invocando la sentencia en el asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, al afirmar que no toda desigualdad implica necesariamente una discriminación, sino solo aquella diferenciación que no tiene justificación objetiva y razonable, por no perseguir un fin legítimo o cuando quede claramente establecido que no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desea alcanzar (§46). Aplicando al canon al caso concreto, se entiende que la finalidad de la medida es legítima (evitar la anarquía sindical y asegurar una política de personal coherente y equilibrada del conjunto de los funcionarios

provinciales y municipales) y que la solución adoptada en el artículo 2, párrafo 2, del Real Decreto de 2 de agosto de 1966 constituye un medio adecuado para alcanzar el fin legítimo que se pretende (§48 y 49).

El asunto *Sindicato sueco de conductores de locomotoras c. Suecia* (sentencia de 6 de febrero de 1976) planea un problema cercano pero poniendo el énfasis en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. El sindicato recurrente era una organización sindical independiente y no integrada en ninguna de las tres grandes federaciones de empleados del Estado sueco. Por esta razón, la Oficina Nacional de Negociaciones Colectivas rechaza concluir con este sindicato convenios colectivos, lo que genera una serie desventajas para el recurrente (§32). Como punto de partida, la sentencia asume que el art. 11 CEDH impone también al Estado empresario, obedezcan sus relaciones con sus empleados al derecho público, o al derecho privado (§37), pero en cambio no le impone la obligación de concluir, con un determinado sindicato, uno u otro convenio colectivo. Se afirma, como se hizo en el asunto del Sindicato Nacional de la Policía Belga, que el derecho que poseen los sindicatos se traduce en la libertad de defender los intereses profesionales de sus afiliados mediante la acción colectiva, que se puede traducir en un mecanismo de consulta sindical o en uno de negociación colectiva, o en cualquier otro, siempre que se asegure el derecho de los miembros de un sindicato a que este sea oído. Por tanto, el razonamiento en este caso es idéntico al que inspira la solución en el caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga. También se da una respuesta equivalente en lo que hace a la invocación del art. 11 CEDH.

1547

Por último, en el asunto *Schmidt y Dahlström c. Suecia* (sentencia de 6 de febrero de 1976) se analiza la dimensión individual del disfrute de la libertad sindical. El Tribunal, partiendo de la jurisprudencia fijada en las dos sentencias anteriores, y con la misma estructura argumental, sostiene que el derecho contenido en el art. 11.1 CEDH “no asegura ningún tratamiento especial a los afiliados de los sindicatos, tales como el derecho al beneficio de la retroactividad o el aumento de salario resultante de un nuevo convenio colectivo” (§34). Precisa, además, como había hecho previamente para el derecho de consulta, y la negociación

colectiva, que el reconocimiento del derecho de huelga es uno de los medios más importantes a través de los que ejercer la acción colectiva de los sindicatos, de cara a defender los intereses de los afiliados, pero que corresponde al Estado autorizar y hacer posible el desarrollo de este medio, pudiendo prever otros. Así, la sentencia no estima que se haya producido vulneración del art. 11.1 CEDH, ni del art. 14 CEDH en relación con aquel, exactamente con arreglo al mismo razonamiento previamente utilizado.

8. Art. 14 CEDH: interdicción de discriminación

Si bien el art. 14 CEDH es invocado en varios asuntos, relacionándolo con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el convenio, a mi juicio sólo dos deben ser destacadas como sentencias fundadoras de línea jurisprudencial. La que resuelve el *asunto relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* (sentencia de 9 de febrero de 1967) y la relativa al *asunto Marckx c. Bélgica* (sentencia de 13 de junio de 1979), que aborda la compleja cuestión del distinto tratamiento legal de los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio.

1548

En el *asunto sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, los recurrentes, padres de familias francófonas que actúan en nombre propio y en el de sus hijos en edad escolar, plantean al Tribunal si la política lingüística educativa del Estado belga, en que conviven las comunidades francófona y otra flamenca, es o no contraria al derecho a la educación y a la libertad de elección de enseñanza reconocida a los padres (art. 2 del protocolo 1 CEDH), y supone o no discriminación de la minoría lingüística recurrente (la francófona residente en zona flamenca, en este caso). Simplificando los términos del conflicto, según la legislación, que da origen al conflicto después elevado a Estrasburgo, se definen ciudades con régimen lingüístico mixto y regiones unilingües, de modo que el Estado no financiará las escuelas que, estando en regiones unilingües, impartan la enseñanza en el idioma que no corresponde al oficial de la región. Esto supone que las familias francófonas que vivan en regiones unilingües flamencas no podrán escolarizar a sus hijos, en francés, en escuelas públicas. La aportación de la sentencia a la línea jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad se concreta con la construcción

de un modelo de razonamiento que sigue aplicándose en la actualidad a la hora de valorar si un trato diferenciador —contenido en la ley o en la ejecución de la ley— es un trato discriminatorio. La idea germinal es que el derecho a la igualdad reconocido en el convenio se identifica como parte integrante de cada precepto del Convenio que reconoce derechos y obligaciones. A partir de esta definición relacional del derecho a la igualdad, la sentencia define la dimensión represiva del art. 14 CEDH, refiriéndose a la interdicción de discriminación e introduciendo la distinción dogmática entre diferenciación y discriminación. Así, se sostiene que el art. 14 *“no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (...) las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho”* (§10). Sin utilizar estas expresiones, el tribunal distingue entre las nociones de igualdad formal e igualdad material, y en el paso siguiente en su razonamiento define los criterios que le permiten determinar si una diferencia de trato dada, relativa al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el art. 14 CEDH cuando establece diferenciaciones tendentes a alcanzar la igualdad material. El primer criterio apela a la justificación objetiva y razonable de la diferenciación. El segundo, a que esa justificación se valore en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. El tercero y último alude a que exista una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (§10).

En el *asunto Marckx c. Bélgica*, se plantea ante el Tribunal el ajuste al Convenio de una regulación que estaba siendo progresivamente modificada en la mayor parte de los Estados integrantes del Consejo de Europa (§41): la que distinguía los derechos familiares y sucesorios de los hijos nacidos fuera del matrimonio, tanto en relación con sus padres como, en este caso, en relación con sus propias madres biológicas que, en Bélgica, debían reconocer al hijo al que acababan de parir y adoptarlo para establecer el régimen de filiación lo que, en cualquier caso, no atribuía al menor el mismo régimen patrimonial de acceso a bienes hereditarios que el que se reconocía a los hijos “legítimos”.

Para resolver las cuestiones planteadas, el Tribunal, como premisa, asume que la relación entre las recurrentes (madre e hija extramatrimonial) es una relación familiar, de modo que queda protegida por las previsiones del art. 8 CEDH, precepto que implica *“la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento”* (§31). A partir de esta consideración, y jugando con el art. 14 CEDH, el Tribunal establece que para permitir el normal desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y su hijo, el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento (§34). Y esa discriminación no es evitada por la legislación belga que solo determina la filiación materna de un hijo extramatrimonial, previo reconocimiento, y no por el mero hecho del nacimiento como sucede con los hijos matrimoniales, cuando además el reconocimiento provoca consecuencias desfavorables en el ámbito de los derechos patrimoniales del descendiente, así como en la esfera de las relaciones familiares con otros miembros de la familia materna. El Tribunal sostiene que las medidas estatales de apoyo y fomento de la familia tradicional pueden estar justificadas como fin legítimo, pero que esas medidas, de adoptarse, no pueden ser al tiempo lesivas para las familias naturales (§40). Así, el Tribunal concluye que la hija Marckx *“ha sido víctima de una violación del artículo 14, en relación con el artículo 8, por dos razones fundamentales: las restricciones de su capacidad para recibir la titularidad de los bienes de su madre y la ausencia total de derechos hereditarios en la sucesión intestada de los parientes próximos a ésta”* (§58), del mismo modo que lo ha sido su madre por establecer límites a su capacidad de disponer de sus bienes en beneficio de su hija en iguales condiciones que las madres casadas (§65).

9. Art. 2 del protocolo adicional: derecho a la educación

La polémica redacción del art. 2 del Protocolo adicional al Convenio, relativo a un derecho a la educación, que no logró el consenso necesario para ser integrado en la primera versión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, extiende sus efectos hasta el momento en que el Tribunal, en la segunda sentencia sobre el fondo que emitirá la primera del Pleno, resuelva el asunto relativo a ciertos aspectos del

“Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica” (sentencia de 9 de febrero de 1967).

La cuestión fundamental es que el precepto contempla un derecho prestacional educativo, que exige del desarrollo de políticas activas por parte de los Estados, es decir que su ratificación genera una serie de obligaciones positivas al Estado cuyo alcance es preciso definir. Del mismo modo que es preciso determinar el alcance de las exigencias de los padres para elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, sea en el ámbito de la moral y la religión, sea en el ámbito de la lengua vehicular de la educación, dos cuestiones polémicas que, en países como España, siguen siendo controvertidas en la actualidad. En este asunto, el Tribunal construye el contenido básico del derecho a la educación recogido en el art. 2 del Protocolo adicional desde una doble perspectiva. De un lado, en su dimensión negativa, el precepto reconoce a las personas dependientes de la jurisdicción de las Partes Contratantes, el derecho a servirse de los medios de instrucción existentes en un momento determinado (§3), si bien el Convenio no impone obligaciones determinadas respecto de la extensión de estos medios y el modo de organizarlos o de subvencionarlos. Ello supone, por ejemplo que el art. 2 no especifica la lengua en que debe impartirse la enseñanza, no obstante lo cual *“el derecho a la instrucción se vería privado de sentido si no implicara, para sus titulares, el derecho a recibir una enseñanza en la lengua nacional o en una de las lenguas nacionales, según los casos”* (§3). Además, para el que derecho a la educación produzca efectos es preciso que el titular del mismo *“tenga la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida, es decir el derecho a obtener, según las reglas vigentes en cada Estado, el reconocimiento oficial de los estudios realizados”* (§4). De otro lado, la previsión del derecho a la educación en los términos en que se contiene en el Protocolo requiere de un desarrollo normativo por parte del Estado. Un desarrollo *“que puede variar en el tiempo y en el espacio en función de las necesidades y de los recursos de la comunidad y de los individuos”* (§5). La interpretación del art. 2 del Protocolo adicional es completada afirmando que la segunda parte del mismo garantiza el derecho a que se respeten las preferencias de los padres en el ámbito de la enseñanza de sus hijos, pero exclusivamente las basadas en convicciones filosóficas y religiosas, lo que no incluye el

respeto a las preferencias lingüísticas (§6). De ello se deduce que el art. 2 del Protocolo, puesto en relación con el art. 14, no garantiza a los niños, o a sus padres, el derecho a una instrucción impartida en la lengua que elijan, porque se trata de una cuestión ajena a planteamientos ideológicos o morales. Lo único que sí asegura la lectura combinada de ambos preceptos es que se garantice el derecho a la instrucción sin discriminaciones basadas en la lengua (§11). Desde esta perspectiva, el Tribunal, en un examen detallado que no es posible reproducir aquí, analiza las medidas concretas del régimen lingüístico belga, para concluir que, parte de ellas son contrarias al principio de interdicción de la discriminación en el acceso a la instrucción por razones de lengua. En todo caso, no lo es excluir la financiación pública de las escuelas francófonas en las zonas unilingües flamencas (§7 y 13), ni establecer condiciones lingüísticas específicas para la homologación de títulos procedentes de escuelas privadas que hayan impartido docencia en lengua distinta a la oficial de la región (§42), pero sí exigir la residencia a las familias francófonas para inscribir a los niños en las escuelas de las ciudades de régimen mixto, porque en esas mismas ciudades no se exige idéntico requisito para la escolarización de los menores de familias flamencas (§32).

Por lo que hace al derecho a la elección de la educación religiosa, filosófica y moral deseada por los padres para los hijos, el asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* (sentencia de 7 de diciembre de 1976), plantea la cuestión de si la objeción de los padres a que sus hijos reciban educación sexual en la escuela primaria, se incluye o no dentro de la facultad que recoge el art. 2 del Protocolo adicional. Para dar respuesta al interrogante, el Tribunal recuerda, invocando el contenido de la sentencia sobre el asunto lingüístico belga, que el art. 2 del protocolo 1 contempla dos derechos, el de los hijos de recibir educación que debe ser facilitada por el Estado, y los padres de elegir el sistema de enseñanza que mejor se adapte a sus convicciones religiosas y filosóficas, vinculándose esta segunda dimensión a los derechos contemplados en los arts. 8, 9 y 10 del Convenio, que proclaman el derecho de toda persona, incluidos los padres y los hijos, «al respeto de su vida privada y familiar», a «la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y a «la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas» (§52). Ahora bien, el Tribunal

establece que la elaboración del programa de estudios es competencia de los Estados contratantes, que pueden “*difundir mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico*” (§53) y los derechos educativos reconocidos a los padres no les habilitan para oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar. No obstante, Estrasburgo también reconoce que el Estado debe velar porque “*las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista*”, huyendo del adoctrinamiento que pueda oponerse a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. El Tribunal concluye que la legislación impugnada no adoctrina, y por tanto, no hiere las convicciones filosóficas y religiosas de los recurrentes que, por lo demás, tienen la facultad de dirigirse a las escuelas privadas, y fuertemente subvencionadas por el estado; o educar a los niños en casa si entienden que la transmisión de conocimientos sobre educación sexual a sus hijos en la escuela no resulta tolerable para ellos.

1553

10. Algunos apuntes conclusivos

La lectura de las páginas precedentes permite al lector comprender en qué momento, y en relación con que supuestos de hecho concretos, se forjaron algunos de los conceptos más importantes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para que los apuntes conclusivos no sean apuntes de mera síntesis, deben buscar, a mi juicio, formular una reflexión, aunque sea breve sobre el impacto que dicha jurisprudencia ha tenido en la construcción del sistema europeo de derechos humanos. Y ese pensamiento es tan evidente como sencillo. Los tres dogmas fundamentales de la construcción pretoria del derecho europeo de los derechos fundamentales aparecen ya en las sentencias más antiguas, desde los primeros momentos, y directamente inspirados, cuando no sencillamente tomados, de las previas construcciones dogmáticas de la Comisión.

El margen nacional de apreciación es tan amplio cuanto débil sea el consenso europeo en una determinada materia, y no bloquea la intervención o el juicio del Tribunal Europeo, sencillamente lo traslada del

ámbito del control material al espacio del control formal o de motivación. Pero el control existe siempre. Lo que puede no darse es la uniformización conceptual.

El canon para examinar la adecuación al convenio de los límites impuestos al ejercicio de un derecho es siempre el mismo, y siempre se aplica en el mismo orden: previsión legal, existencia de una finalidad legítima a los ojos del Convenio, que en ocasiones prevé expresamente cuales pueden ser esas finalidades, necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática, y vínculo de proporcionalidad entre la medida, y el grado de restricción del derecho. Este modelo se sigue aplicando actualmente, con pocas variantes y, si acaso, alguna ligera sofisticación adicional, en la argumentación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero también es el esquema habitual que puede identificarse en las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional español, por ejemplo, que ha incorporado, por la vía del mandato del art. 10.2 de la Constitución española, no solo el efecto de cosa interpretada de las sentencias de Estrasburgo, sino el método argumentativo.

1554

Los derechos del Convenio, por más que sean calificados como derechos civiles y políticos, no son derechos puros. Casi todos tienen prolongaciones en el orden económico o social y, por tanto, han de ser interpretados de un modo global. Y esa realidad permite asumir que los Estados no solo tienen obligaciones negativas, de no injerencia, sobre los derechos, sino que también se devenga, de la ratificación del Convenio, un elenco de obligaciones positivas, o promocionales relacionadas con el pleno disfrute de estos derechos.

Para mi, esos son, verdaderamente, los ejes fundamentales que recorren, de forma inquebrantable, la historia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El contenido de los derechos ha ido desarrollándose y, aunque podemos encontrar elementos fijos en la interpretación de los mismos, ya presentes en las sentencias fundadoras, podemos darnos cuenta también de que los grandes problemas tratados no han variado en exceso, y por tanto, apenas lo ha hecho el modo de enfrentarse a ellos. Cambian los países a cuyas circunstancias debe atender el Tribunal Europeo con preferencia, y cambian, por ello, los contextos culturales y los

supuestos fácticos. Pero los problemas no varían tanto: privación de libertad, libertad de expresión, garantías procesales, derechos de los padres en la instrucción de sus hijos, entre otros. Resta por ver si la amenaza que para el Estado de derecho supone la radicalización de las ideas políticas en algunos Estados europeos occidentales nos lleva, en unos años, a la necesidad de modificar esta conclusión, porque, lamentablemente, algunas pistas en este sentido empiezan a ser percibidas.



Bibliografía

1. CONSEJO DE EUROPA (1998), *Aperçus. Quarante années d'activité, 1959-1998*, Estrasburgo.
2. GARCÍA ROCA, J. y otros (2014), *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
3. LÓPEZ GUERRA, L. (2018), “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, p. 111-130.
4. LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Segunda edición. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.
5. LÓPEZ MEDINA, D. (2015).”Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho”, en *Precedente* Vol. 7 / Julio-Diciembre, 9-42, Cali – Colombia.
6. SARMIENTO, D., MIERES MIERES, L. J., PRESNO LINERA, M. (2007), *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: [estudio y jurisprudencia]*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).
7. SUDRE, F., et al. (2017), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8ª ed., PUF, París.
8. VIAL-DUMAS, M. (2018). “Los jueces y la ciencia del derecho en el nuevo orden constitucional, una comparación entre el mundo premoderno y la posmodernidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 177-204.

Jueces y ratificación judicial en el Perú: la persistencia autoritaria

✍ GORKI GONZALES MANTILLA*

Presentación

En el presente trabajo se estudian las razones que explican la insistente presencia de la ratificación judicial en el ordenamiento constitucional peruano. La evolución histórica de este mecanismo de control sobre el desempeño de los jueces es también la historia de la cultura que ha normalizado la subordinación judicial a la política en el Perú.

1557

El carácter de esa relación, sus fuentes y manifestaciones son analizadas para entender el proceso político que explica el relanzamiento de la ratificación en la reforma constitucional del año 2019. Este hecho marca un punto de referencia crucial para entender la realidad del sistema judicial hacia el futuro.

La ratificación implica un escenario de tensión con los principios de la función judicial, principalmente con la independencia. El examen propuesto buscará identificar el sentido que adquiere este principio en medio del espacio provocado por la ratificación y sus consecuencias en el ordenamiento constitucional.

* Profesor principal de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa. Coordinador del Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina de la PUCP.

Aunque el problema confrontado en este trabajo se refiere a un asunto de particular interés para el caso peruano, el problema de la función judicial y su papel en el ordenamiento constitucional tiene en los estudios del profesor Roberto Romboli uno de sus mayores referentes. Las siguientes líneas están inspiradas en la preocupación, las ideas y en los valores que sus trabajos han producido y son, por ello, un testimonio de reconocimiento y gratitud.

1. Ratificación judicial y cultura institucional

La posición institucional atribuida a los jueces es una variable imprescindible en el propósito de entender la relación entre la función judicial y el significado que adquieren los valores de la democracia constitucional en la práctica. Los jueces cumplen un papel que destaca precisamente porque en su función se produce una síntesis de la historia, como expresión de los procesos sociales más específicos a través de los casos, y el sentido que adquiere el derecho a través de ellos como resultado de sus decisiones.

1558

Por ello, no hay que pasar por alto la enorme influencia de las resoluciones judiciales en la configuración del derecho y la política. Esto se entiende porque la práctica judicial responde a la necesidad de garantizar los derechos ciudadanos en su pluralidad y esa es una de las condiciones que sostiene la idea de una democracia constitucional. Esta característica insoslayable del modelo democrático se completa y realiza con la función de los jueces.

Al contrario, la ratificación judicial aparece como el reflejo de una cultura jurídico-política que limita el significado constitucional de la función de los jueces y la aleja de los fines republicanos: los jueces están arraigados en el origen de su presencia a los valores que forman la base de la república y la independencia judicial es una de las piezas centrales de este modelo. Sin embargo, este principio, que delimita la posición del juez en el ordenamiento constitucional, se ve directamente restringido por la ratificación judicial.

Evaluar el desempeño de los jueces en la perspectiva de decidir sobre su permanencia en la función, equivale a imponer sobre ellos una consideración semejante a la prevista para los funcionarios de la administración pública donde la independencia no cuenta como valor constitucional. Así está prevista la ratificación en el artículo 154°-2 de la Constitución Política de 1993 como función atribuida a la Junta Nacional de Justicia.

La ratificación es una pieza relevante de la cultura institucional (FRIEDMAN, 1975: 193-194). En su estructura y fines, como parte del estatuto del juez, está inevitablemente influida por las prácticas e ideas que han logrado hegemonía en la conformación del derecho y la política. Esas ideas y esas prácticas dan forma a la cultura jurídica que se reproduce y retroalimenta en las facultades de derecho, en los hábitos de jueces y abogados, en las expectativas de las personas que recurren a un abogado o establecen alguna relación específica con el derecho, pero también en la forma como se regulan y producen en la realidad las relaciones entre los poderes públicos. La cultura jurídica forma parte de la cultura institucional (FRIEDMAN, 1969: 31-33)¹.

1559

Sin embargo, desde la cultura jurídica, como práctica social y en interrelación con el orden jurídico y político, es posible entender mejor el papel que cumple la ratificación en la idea de juez y en las limitaciones que esta presenta: la forma como se reproducen ciertos rasgos de la cultura jurídica imperante al interior del sistema judicial a través de las propias contingencias institucionales y las decisiones de sus actores y responsables (BOURDIEU, 2000: 159).

1 Para el profesor Friedman el sistema legal está constituido por componentes de diverso tipo: los estructurales, en donde se identifican las instituciones jurídicas, su estructura y el modo en que proceden; los componentes sustantivos definidos por las normas jurídicas, generales o particulares, que el sistema produce como respuesta frente a las demandas de la sociedad; y, los componentes culturales, es decir, las actitudes y los valores que con respecto al derecho prevalecen en una sociedad en un cierto momento histórico. Aquí se encuentra la educación legal y las prácticas de jueces y abogados, las expectativas e ideas de las personas al recurrir a un abogado o establecer algún contacto necesario con el derecho.

1.1. Los orígenes de la ratificación: entre el autoritarismo y la subordinación judicial

La ratificación aparece por primera vez en la Constitución de 1920². Esta carta fundamental se hizo como resultado del golpe de Estado del 4 de julio de 1919, contra el gobierno del presidente José Pardo y Barreda, por Augusto Bernardino Leguía. Su elaboración en la Asamblea Nacional resultó una imposición de aquel régimen. Se trata, por ello, de una Constitución que la propia mayoría gubernamental vulneró en forma permanente, convirtiéndola estrictamente en un instrumento destinado a legitimar el sistema político (GARCÍA RADA, Domingo y BUSTAMANTE y RIVERO, José L, 1963: pp. 91-92)³.

Así se entiende la ratificación, es decir, en el marco de una cultura autoritaria que restringe la función judicial y la instrumentaliza para beneficio del poder. Es un mecanismo que continúa con la práctica de la subordinación a la que han estado expuestos los jueces desde los inicios de la república y mantiene la influencia del poder político sobre los jueces tal como en el caso de los nombramientos judiciales.

1560

La ratificación, como parte del escenario del que surge, se integra a un modelo contradictorio de carrera judicial⁴ que aparentemente fortalece la posición de la Corte Suprema, pues sus miembros se encargan de ratificar al resto de jueces; sin embargo, los propios magistrados supremos están fuertemente sometidos al régimen político de aquel entonces (GONZALES, 2009: 512).

2 El artículo 152 de la Carta Política de 1920 establece: “La carrera judicial será determinada por una ley que fije las condiciones de los ascensos. Los nombramientos judiciales de Primera y Segunda Instancia serán ratificados por la Corte Suprema cada cinco años”.

3 En esa dirección, aunque en un tono sutil, BASADRE ha dicho que la Carta Política de 1920, pese a su contenido normativo, no alteró la realidad tradicional de la vida peruana. Ver: BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822- 1933*. T. XIII, Sexta Edición aumentada y corregida. Lima: Editorial Universitaria, 1968, p. 43.

4 Este relato ha sido común en América Latina. Chile es el caso más reciente. Véase PEÑA, Carlos “Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos”. *Revista de la Academia de la Magistratura*, N° 1, 1998. Véase también CORREA SUTIL, Jorge, “Cenicienta se queda en la fiesta. El Poder Judicial chileno en la década de los 90”. En: *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*. Paul Drake - Iván Jaksic (compiladores). Santiago de Chile: LOM Ediciones, Colección sin norte, 1999, pp. 281-315.

Posteriormente, en 1930, cuando la Junta Militar de Gobierno de Luis M. Sánchez Cerro irrumpe en la escena política para oponerse a la continuidad del régimen de Augusto B. Leguía, encontró en el estado de cosas del que la ratificación judicial formaba parte, una de las razones para justificar la purga que llevó a cabo en el Poder Judicial. En su manifiesto, Sánchez Cerro denuncia que el gobierno del presidente Leguía privó al Poder Judicial de su independencia, “(...) desacatando sus resoluciones y desprestigiándolo con la introducción de elementos políticos ineptos, sobornados o sobornables, socavándole por tanto su autoridad moral para amparar la libertad y hacer la justicia” (BASADRE, 1933: T. XIV, p. 16). Con el lema “devolver al Poder Judicial su excelsitud” (BASADRE, 1933: T. XIV, p. 16) el régimen de Sánchez Cerro pasó por alto la independencia que decía defender y declaró la incapacidad –moral– de todos los magistrados que desempeñaron funciones políticas, y de quienes cumplieron funciones de gobierno al interior del Poder Judicial como presidentes de Corte a partir de 1922. (GONZALES, 2009: 513).

Al poco tiempo, la ratificación no tuvo el auspicio unánime de la comisión encargada de preparar el anteproyecto de Constitución de 1933. El testimonio de su presidente, el jurista Manuel Vicente Villarán, es muy preciso: “(...) Se objeta esta institución por cuanto autoriza el juzgamiento de los jueces sin oírlos, negándose así a los magistrados una garantía que es consustancial a todo proceso y de la cual gozan hasta los criminales convictos y confesos” (GARCÍA RADA, y BUSTAMANTE y RIVERO, 1963: 91-92) Sin embargo, la institución se mantuvo intacta en el nuevo texto constitucional⁵ y también en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Ley 14605)⁶. Años más tarde, la dictadura del gobierno

5 El texto del artículo 224 de la Constitución de 1933 señala: “Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a la ley; pero sí impide el reingreso en el servicio judicial”.

6 En esta última se reconoce su vocación de permanencia y periodicidad quinquenal, sin alcanzar a los jueces de la Corte Suprema. “La actuación y calidades de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y las de los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, serán objeto de revisión cada cinco años, por la Corte Suprema, la cual actuando como Jurado y previas las indagaciones que estime convenientes, podrá separar definitivamente

militar del general Velasco Alvarado también la incorpora en su programa para legitimar la intervención en el sistema judicial y el cese de todos los magistrados supremos (GONZALES, 2009: 513)⁷.

Ni siquiera el retorno a la democracia, luego de once años de dictadura militar, será razón para que la ratificación desaparezca. Al contrario, la Decimotercera Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 reconoce este mecanismo en un proceso de dos tiempos. Primero, para los magistrados de la Corte Suprema, bajo la responsabilidad del Senado, previa cita y audiencia de los interesados; y, a continuación, se atribuye a la Sala Plena de la Corte Suprema la competencia para que, dentro de los ciento veinte días siguientes a su ratificación, proceda a su vez a “ratificar” a los magistrados de la República de todos los fueros (GONZALES, 2009: 513).

1562

La ratificación judicial permanece intocada en la cultura institucional como parte de un orden político profundamente marcado por la subordinación al poder oligárquico que se enlaza y subordina, al mismo tiempo, a la presencia de los enclaves económicos creados por el capital proveniente de ciertos países industrializados, bajo la forma de imperia-lismo (COTLER, 2018: 221). En las bases de este modelo de organiza-ción, desde el gobierno de Leguía, existe una coalición por conveniencia o clientelismo entre los capitalistas locales y los terratenientes, y entre ambos y los enclaves extranjeros (LÓPEZ, 1992: 140).

Los jueces en este escenario son actores que sirven para proteger el funcionamiento del orden establecido. Siempre que se trate de garantizar

del servicio a aquellos que estime que no deben continuar en él. La separación del cargo no constituye pena ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a ley, pero sí impide el reingreso en el servicio judicial. La Corte Suprema se ajustará, en cuanto al modo y forma de ejercer la facultad que se le confiere, a las disposiciones de la presente ley y al Reglamento que ella dicte”.

- 7 Con el Decreto Ley 18060 del 23 de diciembre de 1969 se produjo el cese de todos los vocales de la Corte Suprema, estableciendo en cinco años renovables la duración de los nuevos miembros. Asimismo, se creó el Consejo Nacional de Justicia, compuesto de diez miembros, designados por cinco años improrrogables, con competencia para la elección de los magistrados del Poder Judicial en toda la República (Decreto Ley 18831 del 13 de abril de 1971).

los intereses de estos grupos y cuando el poder político no baste, sirven para acompañar la acción de la fuerza pública en contra de las comunidades pobres e indígenas que no tienen acceso a la educación, a la salud, a la propiedad ni a la libertad. Los jueces son garantes simbólicos de este orden político, a través de esta forma de organización que, desde lo económico, se proyecta en las diversas esferas de la vida social en medio de un proceso de crisis institucional y corrupción de enormes proporciones (QUIROZ, 2013: 315).

La ratificación también forma parte de la propia cultura institucional de los jueces en este período: su compromiso con las injusticias del sistema social y el orden político imperante explica luego la tolerancia a la injerencia y la subordinación frente al poder político. Un testimonio notable de esta forma de entender el papel del juez proviene de un magistrado de la Corte Suprema que, al momento de escribirlo –según él mismo relata–, había ejercido por más de veinticinco años. En 1969, es decir, en pleno proceso de intervención del gobierno militar del general Juan Velazco Alvarado en el Poder Judicial y luego de admitir que “(...) la administración de justicia dejaba mucho que desear”, el magistrado Domingo García Rada llega a sostener que:

“Si la intención del gobierno hubiera sido moralizar al Poder Judicial –como proclamaron– el camino era retirar a los jueces contra quienes existían cargos concretos con la publicidad necesaria que justificara la medida y sirviera de escarmiento para el futuro. No lo hicieron ni siquiera lo pretendieron, pues cuando lo propuse no lo aceptaron” (GARCÍA RADA, 2004: 387).

Para el magistrado en cuestión la idea de juez, el significado atribuido a la independencia judicial y la democracia como régimen político, aparecen como conceptos sin relevancia por los valores que representan, son enunciados de un modelo que resiste cualquier forma y que admite todo tipo de contenido. La voz de este magistrado de la Corte Suprema de Justicia representa la cultura que ha definido el orden institucional del Poder Judicial.

Una cultura marcada por el autoritarismo es la que sirve de vehículo a la ratificación. Así se explica el papel de la función judicial que la Constitución de 1920 traza con la incorporación de este mecanismo: una pieza que se integra al engranaje para asegurar la hegemonía del régimen del presidente Leguía y que se mantiene en la historia de las relaciones entre el poder político y la función judicial a lo largo del siglo XX.

El autoritarismo, como forma de ejercicio del poder político, instrumentaliza su relación con la comunidad y sus miembros para beneficiar los intereses de quienes detentan el poder. Con este propósito recurre a la represión, la intolerancia y la usurpación de los derechos individuales y libertades ciudadanas (HENDERSON, 1991: 396). Esta característica subyace a nuestra historia como república y la ratificación es parte de ella como elemento de “(...) la sucesión de procedimientos más o menos eficaces (...)” (FLORES GALINDO, 1999: 30) que la definen, junto a la coacción, la represión y la inestabilidad (COTLER, 2018: 419).

1564

Sin embargo, un régimen autoritario depende de que sus líderes busquen el mayor apoyo y acuerdos posibles con los actores del “sistema”, pues el Estado no puede mantenerse todo el tiempo mediante el uso de mecanismos coercitivos o violentos (HENDERSON, 1991: 396). Esos acuerdos también se manifiestan en términos de subordinación y clientelismo (COTLER, 2018: 419), como en el caso peruano, sin dejar de competir con otras autoridades del sistema institucional para incorporarlas o inhabilitarlas y así centralizar el ejercicio del poder (HENDERSON, 1991: 396): la ratificación es el mejor ejemplo de ello.

1.2. La ratificación como estado de la cultura institucional en la Constitución de 1993

La ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992, anunciada en televisión nacional por el presidente Fujimori, también anticipaba el quiebre de la institucionalidad judicial. Esta medida se logró concretar con la declaración en reorganización del Poder Judicial que el gobierno de facto dispuso a través del Decreto Ley 25418 del 6 de abril de 1992, denominada Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

En los días sucesivos se impusieron varios decretos leyes⁸ con los que se ordenó el cese de un gran número de magistrados: inicialmente fueron 134 magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público⁹. El gobierno de facto intervino todo el sistema judicial, no se limitó a la Corte Suprema. Más aún, la intervención y destitución de jueces se extendió a otros espacios judiciales existentes en aquellos años: por decreto Ley 25437 se cesó a todos los vocales del ex Tribunal Agrario. Dos meses después la medida se extendió a los jueces agrarios de primera instancia (Decreto Ley 25529). También se cesaron a 17 vocales y jueces del ex Fuero Laboral (Decreto Ley 25492). La intervención se terminó de consumir con el Decreto Ley 25454 del 28 de abril de 1992 en una decisión completamente arbitraria que prohíbe la procedencia de las acciones de amparo para impugnar la legalidad de los decretos que produjeron los ceses de jueces y fiscales (GONZALES, 1998: 56).

Sin embargo, los ceses produjeron la necesidad de recomponer la Corte Suprema. A través del Decreto Ley 25447 del 23 de abril de 1992 se nombró en forma provisional a los vocales que substituirían a los cesados. Este proceso no se aparta de la impronta del régimen y está sujeto a la arbitrariedad, por eso varios de los nuevos jueces son impuestos sin reunir los requisitos constitucionales para hacerse cargo de las vocalías, incluso se observa que la “(...) gran mayoría de ellos había obtenido notas muy bajas en los exámenes para cubrir las vacantes en la Corte Suprema”. La obediencia y la fidelidad al nuevo orden de cosas era el único requisito exigido por la dictadura (SAN MARTÍN, 1992: 66).

En este marco, por mandato del Decreto Ley 25445 se produjo la conformación de una comisión integrada por tres vocales de la Corte Suprema, designados en acuerdo de Sala Plena, máximo órgano de

8 Decretos Leyes 25423, 25437, 25442, 25446, 25492, 25529 y 26118, actualmente derogados.

9 Fueron 134 magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Pública: 13 magistrados de la Corte Suprema; 33 vocales de la Corte Superior de Lima, 8 vocales de la provincia constitucional del Callao; 47 jueces de primera instancia de Lima; 6 fiscales superiores del Callao; 19 fiscales provinciales de Lima; 10 fiscales provinciales del Callao; 6 jueces de primera instancia del Callao. También se produjo el cese del Fiscal de la Nación.

deliberación de la Corte Suprema, con la finalidad de evaluar, en el plazo de noventa días que luego se ampliaron en cuarenta y cinco más, la conducta funcional de los magistrados de todos los grados de la carrera judicial que continuaban en el ejercicio de sus funciones para proceder a su “ratificación” o separación definitiva (GONZALES, 2009: 514). En los hechos, la Corte Suprema reconfigurada tenía una mayoría de magistrados nombrados por el régimen de facto, pues incluso se produjo la renuncia de tres magistrados que no fueron cesados para ser luego reemplazados por leales al régimen (SAN MARTÍN, 1992: 67). Por lo tanto, la creación de la comisión al interior de la Corte Suprema define una orientación ideológica funcional a la intervención del régimen de facto.

Este procedimiento de evaluación interna corresponde a la visión propia de los regímenes autoritarios del pasado en nuestro país y siempre ha servido para violentar los valores y principios constitucionales que justifican la idea del Poder Judicial (SAN MARTÍN, 1992: 67), afianzando con ello los rasgos autoritarios del régimen de turno.

1566

Aquel episodio reproduce dos características que vienen de anteriores procesos de intervención: i) no se establecen con claridad los cargos que se imputan a los jueces y tampoco se observan los plazos razonables para que ellos puedan ejercer su derecho a la defensa; ii) la evaluación de la comisión se produce en el acto de la visita extraordinaria, de manera que al juez investigado no se le pone en conocimiento del contenido de su informe. La anomalía permitirá que la Sala Plena de la Corte Suprema no cuente con la defensa o el descargo del juez cuestionado. Y como para que no quedara duda de la arbitrariedad del este proceso, contra lo resuelto por la Sala Plena no cabía recurso de ningún tipo, negando el derecho a la tutela judicial (SAN MARTÍN, 1992: 68).

Este proceso y los instrumentos creados para ponerlo en marcha son el reflejo de una cultura que vulnera los derechos de los jueces, desconfigura la institucionalidad judicial, precariza la función judicial y frente a ello no hubo ninguna manifestación de crítica ni reacción del cuerpo judicial. El escaso asociacionismo judicial no se hizo sentir ya sea porque gran parte de sus miembros fueron cesados o porque hubo una actitud asumida para no oponerse a las medidas del régimen. Se produjo,

más bien, un tipo de consentimiento donde la propia Corte Suprema de Justicia tuvo un papel fundamental (SAN MARTÍN, 1992: 68). Es un proceso que no escapa a la fuerza de la cultura institucional imperante.

Mientras se aprobaba el proyecto de Constitución Política por el Congreso Constituyente Democrático y se le sometía luego a referéndum, se arribó a un acuerdo político para el establecimiento de un Jurado de Honor de la Magistratura, cuyos miembros fueron designados por el Congreso Constituyente Democrático, y se instaló el 26 de marzo de 1993. Durante su funcionamiento -que concluyó con la promulgación de la Constitución Política de 1993-, este Jurado, principalmente, designó a los magistrados de la Corte Suprema, para lo cual tuvo que resolver las solicitudes de reincorporación de los magistrados supremos cesados, y también evaluó el desempeño de los vocales supremos provisionales. Además, alcanzó a efectuar la selección y designación de algunos magistrados del distrito judicial de Lima (Rubio, 1999: 174) ¹⁰. Aunque los miembros que integraron este órgano gozaban de cierto prestigio en la profesión legal, todos ellos pertenecían a importantes firmas, lo que suponía un frontal cuestionamiento a su imparcialidad: el Jurado de Honor actuó sobre hechos consumados para legitimar la intervención política en la esfera judicial y no logró superar los cuestionamientos a su propio origen (Planas, 1998: 19).

1567

Se consolida, de esta forma, uno de los episodios más claros de la subordinación de los jueces por el poder político en el Perú: uno de los rasgos más elocuentes de un régimen autoritario que compromete, por sus consecuencias, el significado futuro de las prácticas institucionales de la democracia. La incorporación de la ratificación judicial en la Constitución de 1993 responde al modelo autoritario que se inicia el 5 de abril de 1992, pero también es el reflejo de un estado de la cultura en esta materia que viene del pasado.

10 Sobre el particular, véase RUBIO CORREA, Marcial. *Quítate la venda para mirarme mejor. La reforma judicial en el Perú*. Lima: DESCO, 1999, 174.

2. La ratificación judicial contra los jueces en democracia: el reinicio de la historia y la crisis como pretexto

Como en el pasado, esta vez la restauración de la democracia tampoco se aleja de la vieja cultura que la ratificación judicial representa. La Constitución de 1993 encarga al Consejo Nacional de la Magistratura la competencia para aplicarla sobre jueces y fiscales de todos los niveles cada 7 años (artículo 154, inciso 2)¹¹. La Constitución no establece de modo expreso que la ratificación deba ser motivada, lo que sí ocurre con el caso de las “medidas disciplinarias” previstas también como facultad del Consejo de la Magistratura (artículo 154, inciso 3)¹².

Pero el problema que la ratificación representa no se agota en la dimensión normativa que la representa. La ratificación judicial se impone como un instrumento que altera el equilibrio que debe regir las relaciones entre los actores del modelo democrático y distorsiona las bases constitucionales del ordenamiento político y jurídico.

1568

En su versión más reciente, el problema se remonta a julio del año 2018 cuando se hicieron públicos los graves hechos de corrupción, tráfico de influencias y sobornos que involucraban principalmente a miembros del entonces Consejo Nacional Magistratura, al presidente de la Corte Superior del Callao y a algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta información provenía de varias decenas de audios, obtenidos en interceptaciones telefónicas lícitas de una investigación previa (“Los

11 Conforme al reglamento en la primera ratificación el plazo se contaría a partir de la vigencia de la Constitución de 1993, luego se calcularía en forma individual desde el momento en que cada juez asume su cargo.

12 Artículo 5 de la Ley N.º 27368, del 7 de noviembre del 2000. De otro lado, la Resolución N.º 043-2000-CNM, establece el reglamento de ratificaciones: “La votación de la ratificación se hará en ‘secreto’, por el sistema de papeleta a que se contrae el inciso c) del artículo 13 del Reglamento de Sesiones del Pleno del Consejo, a cuyo efecto, los señores Consejeros serán provistos de cédulas previamente impresas del mismo color y dimensión, que contengan unas la palabra “SI” y otras la palabra “NO”, expresando la primera, la ratificación del evaluado y la segunda su no ratificación”. La ratificación, según este reglamento, requiere el voto conforme de la mayoría simple de los consejeros asistentes al Pleno. El proceso implica una entrevista personal y la evaluación de la conducta e idoneidad en el desempeño del magistrado objeto de la ratificación.

cuellos blancos del puerto”): hechos de crimen organizado por delitos de narcotráfico, sicariato y otros, donde varios jueces y fiscales también se encontraban seriamente involucrados (<https://www.idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/>).

Sin embargo, la información inicial solo era el punto de referencia de una práctica institucional tomada por la corrupción¹³. Más allá de los involucrados directamente, las sospechas alcanzaban a otros magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La crisis era de magnitud y el sistema de justicia atravesaba por uno de sus peores momentos. Estaban en cuestión la independencia y la imparcialidad de los jueces, en suma, la legitimidad de la impartición de justicia quedaba como nombre aislado: un efecto que liquidaba las expectativas mínimas del carácter jurisdiccional propio de la genealogía de un Estado constitucional en cualquiera de sus variantes en Occidente (MONATERI 2018: 97-98).

Como reacción ante los hechos, en el Poder Ejecutivo y en el Congreso se formularon algunas propuestas de reforma de la Constitución. Se aprobó la Ley N° 30833, publicada el 28 de julio de 2018, para declarar en estado de emergencia el Consejo Nacional de la Magistratura. Con ello se suspendió la vigencia y aplicación de su Ley Orgánica (Ley 26397). La decisión ocurrió luego de la renuncia sucesiva de la mayoría de los integrantes del Consejo¹⁴.

13 Al respecto, hacia mayo de 2020 “Un informe de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos (PPEDC) advierte que 334 magistrados, entre jueces (151) y fiscales (183), se encuentran involucrados en presuntos actos de corrupción a nivel nacional, entre los que se registran 42 sentenciados por delitos contra la administración pública. El estudio, denominado *Corrupción en el sistema de justicia: Caso Los Cuellos Blancos del Puerto*, precisa que, del total de magistrados procesados, 61 jueces y 15 fiscales son investigados por sus supuestos vínculos con la organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto”. (...) Los delitos con mayor incidencia en los que han incurrido son el cohecho y el tráfico de influencias (72%), para obtener ventajas personas de orden económico o de otra índole. <https://gestion.pe/peru/politica/los-cuellos-blancos-del-puerto-hay-mas-de-300-jueces-y-fiscales-investigados-por-corrupcion-cnm-audios-nndc-noticia/>

14 La imagen hacia el exterior, en la versión de dos de las más importantes agencias de noticias, no dejaba duda sobre la intensidad de la crisis: un sistema judicial que toca fondo provoca indignación y protestas ciudadanas que remecen el país: <https://www.lavanguardia.com/vida/20180719/45967762552/renuncian-presidentes-del-poder-judicial-y-consejo-de-magistratura-de-peru.html>; <https://www.efe.com/efe/america/politica/la-crisis-en>

Aunque el problema que provocó tal estado de cosas tenía un carácter estructural, visible en las prácticas institucionales al interior del sistema judicial, la respuesta centró su atención en el Consejo Nacional de la Magistratura para modificar su organización, composición y competencias. La reforma obedecía a una decisión política que se anticipaba como socialmente necesaria, casi en el extremo circunstancial de una perspectiva ideológica (EAGLETON, 2019: 20-21) para salvar al Estado. Una decisión política que se inscribe en la cultura predominante sobre el papel del derecho y de los actores comprometidos en su formación y práctica institucional, principalmente, los jueces. Así se explica lo que hay detrás de esta decisión política y el contenido atribuido a la reforma.

1570

Luego de un debate de poco más de tres de meses, con fecha 4 de octubre de 2018, el Congreso de la República envió al despacho de la Presidencia de la República, la Ley de Reforma Constitucional para la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia. No se consideró para este efecto la propuesta alcanzada meses antes por el Poder Judicial para suprimir la figura de la ratificación como competencia de la Junta (Proyecto de Ley 2902/2017–PJ, remitido el 14 de mayo del 2018). Un mecanismo de control que resulta muy extraño en el derecho comparado, así lo advierte el Poder Judicial en su proyecto¹⁵.

Sin embargo, no resulta extraño que el poder político pasara por alto o dejara de lado la opinión del Poder Judicial: esta es una práctica que alimenta la forma de ser de la cultura institucional y el papel atribuido a los jueces en el ordenamiento constitucional.

El paso siguiente fue la convocatoria a un referéndum conforme al procedimiento para la reforma constitucional previsto en la Constitución

judicatura-peruana-toca-fondo-con-renuncia-de-maximas-autoridades/20000035-3696186.

15 Una fórmula de control “muy extraña en el Derecho comparado” y para justificar esta afirmación ofrece un cuadro sobre las funciones de los consejos de la magistratura en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, España, Francia, entre otros, que “no cuentan con la figura de la ratificación”, a excepción de México, cuyo Consejo de la Judicatura Federal (que sí está a cargo de ratificar a los jueces) forma parte de su Poder Judicial (Proyecto de Ley 2902/2017–PJ, remitido el 14 de mayo del 2018).

(artículo 2016). Esta ocurrió el 9 de octubre del mismo año, mediante el Decreto Supremo N° 101–2018– PCM. Entre las preguntas propuestas para el referéndum se incluía la siguiente: “¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?”¹⁶.

Además del cambio de nombre y de la reforma en la conformación de sus miembros¹⁷, se persiste en mantener la ratificación judicial como competencia constitucional de la entidad y se agravan sus consecuencias jurídicas. La norma reitera que los jueces no ratificados no podrán reingresar a la función judicial. De este modo, la reforma del artículo 154°-2 de la Constitución insiste en mantener una visión que subordina la posición del juez, que lo somete a un procedimiento difícilmente congruente con los principios que garantizan la idea de jurisdicción en una democracia constitucional.

Es el triunfo de una mentalidad que ha buscado someter a los jueces al poder político desde sus orígenes autoritarios en la Constitución de 1920 (GONZALES, 2009: 510-511) y esa tendencia ha sido confirmada por quienes, paradójicamente, son conscientes de la débil institucionalidad judicial, pero la aprueban como remedio contra la desconfianza en la imparcialidad de los jueces¹⁸: es una norma que se impone al margen de

1571

16 Artículo 3 del Decreto Supremo N° 101–2018–PCM.

17 Conforme a la reforma aprobada: Artículo 155° “La Junta Nacional de Justicia está conformada por siete miembros titulares seleccionados mediante concurso público de méritos, por un período de cinco años. Está prohibida la reelección. Los suplentes son convocados por estricto orden de mérito obtenido en el concurso.

El concurso público de méritos está a cargo de una Comisión Especial, conformada por: 1. El Defensor del Pueblo, quien lo preside; 2. El Presidente del Poder Judicial; 3. El Fiscal de la Nación; 4. El Presidente del Tribunal Constitucional; 5. El Contralor General de la República; 6. Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad; y, 7. Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad (...).”

18 Este escepticismo proviene de la trayectoria histórica del Poder Judicial en el Perú, marcada por su complacencia con el poder y la corrupción. COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2004, p. 333.

toda legitimidad crítica, de todo esfuerzo por dotarla de un mínimo de historicidad (BOURDIEU, 2003: 4).

Por otro lado, la ratificación representa también un retroceso por sus consecuencias jurídicas, si se tiene en cuenta el razonamiento que el Tribunal Constitucional había desarrollado en decisiones anteriores. Este no era un retroceso cualquiera. Implicaba sobreponer la fuerza de los votos de las mayorías en el Parlamento al razonamiento jurídico construido a través de la dinámica de los casos en el Tribunal Constitucional. Es el triunfo de un razonamiento que subestima la legitimidad y encuentra su justificación en la necesidad de mantener la estabilidad institucional (GARZÓN VALDÉS, 1987: 17), quizás sin medir el costo o para favorecer a los múltiples intereses que concurren en quienes detentan el poder de legislar. En esos términos, el impacto va más allá de la ratificación, pues hace visible el triunfo de la arbitrariedad sobre la razón para definir un problema de grave interés para la república: la independencia de los jueces.

1572

La interpretación propuesta por el Tribunal Constitucional podía ser la premisa para avanzar hacia la supresión total de la ratificación. Una reforma de la Constitución que tuviera como finalidad enfrentar los males del sistema de justicia no debió haber pasado por alto esta necesidad. Sin embargo, se persistió en mantener el mecanismo de la ratificación y se retrocedió en lo avanzado.

3. La justicia constitucional y su papel frente a la ratificación: la fuerza expansiva de la cultura jurídica

El Tribunal Constitucional, cabe recordarlo, ha cumplido un papel relevante en el sentido que la ratificación judicial ha adquirido en la práctica: luego de una primera fase de erráticas decisiones, donde se llega a afirmar que la ratificación es semejante a un “voto de confianza” sobre el desempeño judicial¹⁹, posteriormente intentó construir una argumentación a partir de ciertas consideraciones objetivas para realizar el control sobre la idoneidad en el desempeño de la función judicial. Esta

19 Se recuerda principalmente el EXP. 1941-2002-AA/TC (Luis Felipe Almenara Bryson).

perspectiva se integró progresivamente a las normas del propio Consejo Nacional de la Magistratura para llevar adelante los procesos de ratificación (GONZALES, 2009, 552-553).

En todo caso, una lectura constitucional de la ratificación no puede pasar por alto el déficit democrático que esta institución trae consigo. No se trata únicamente de la dificultad para compatibilizar su relación con los principios de la función judicial, el problema es estructural y, en su versión reciente, guarda relación con los problemas de legitimidad que la Constitución de 1993 enfrentó desde sus orígenes; en ese sentido, la ratificación judicial es también el resultado de un proceso político de baja intensidad constitucional²⁰. Y este es el escenario en el que se explica la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional.

La premisa establece que las consecuencias jurídicas de la ratificación debían mantener coherencia con su propio significado constitucional y con los principios de la función jurisdiccional. Por lo tanto, en el marco de la estructura normativa de la ratificación, la interpretación permite identificar un doble nivel de problemas: la prohibición del reingreso a la función judicial en los casos de los no ratificados; y, el significado del carácter sancionador de la ratificación.

1573

Sobre el primer nivel, en sucesivas decisiones del Tribunal Constitucional se establecieron ciertos límites para definir el significado de la regla que prohíbe el reingreso de los jueces no ratificados. Esta perspectiva se confirma en los siguientes términos²¹:

- a) El sentido de la ratificación: no se puede impedir que los jueces no ratificados puedan postular nuevamente al Poder Judicial,

20 La Constitución de 1993 fue un pretexto para enfrentar las críticas internas al régimen y superar las objeciones internacionales al golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Sirvió, en primer término, para legitimar la permanencia en el poder del presidente Fujimori. (GONZALES, 2020: 343).

21 Esta toma de posición está presente en el EXP. 1941-2002-AA/TC (Luis Felipe Almenara Bryson), Fundamento 22 y se mantiene en el EXP. 1550-2003-AA/TC, (Clara Aurora Perla Montaña), Fundamento 17, así como en el EXP. 3361-2004-AA/TC (Jaime Amado Álvarez Guillén), Fundamento 22.

pues ello no guarda relación con el sentido atribuido a la ratificación que consiste en evaluar el desempeño de los magistrados cada siete años.

- b) El principio de legalidad: impedir el reingreso es incongruente con el precepto constitucional (Artículo 2°-2, b) que define la idea del orden legal de un Estado constitucional: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”
- c) La prohibición del reingreso vulnera la igualdad. Por lo tanto, es un absurdo sostener que la consecuencia jurídica de la no ratificación resulte más grave que la derivada de un proceso disciplinario que concluye con la sanción de destitución.

1574

Se entiende que la justicia constitucional busca no ser indiferente ante la necesidad de corregir el significado de la ratificación, por su negativo impacto en los principios de la función judicial y en los derechos ciudadanos. En todo caso, esta postura reafirma, en línea de principio, que las decisiones de los tribunales constitucionales son parte de una finalidad en la que se busca construir los vasos comunicantes entre el proceso político y la realidad social. Esa es la tarea que una justicia constitucional robusta (SAGER, 2007: 207) debe asumir para contribuir a mejorar la democracia.

Sin embargo, es en el segundo nivel de la interpretación propuesta por el Tribunal donde aparece el problema más complejo. Este hecho se pone en evidencia desde que la interpretación se sujeta al contexto normativo previsto en la Constitución, por lo tanto, se anticipa el límite que proviene de la consecuencia final de la no ratificación. Un resultado que el Tribunal admite en forma consistente desde que reconoce que la inamovilidad en el cargo está delimitada en el tiempo por la regla constitucional, a la que se refiere el proceso de ratificación²². La inamovilidad

22 Esta perspectiva aparece en el Expediente N.O 1941-2002-AATC, Fundamento 10, y es evocado en el EXP. N° 3361-2004-AATC, Fundamento 14.

sería un derecho que presenta, por la literalidad de la fuente, dos límites: uno interno, en tanto se observe conducta e idoneidad propias o acordes con la investidura de la función que se ejerce; y otro externo, de carácter temporal, puesto que el derecho de permanecer en el servicio no es cronológicamente infinito o hasta determinada edad, sino que está prefijado en el tiempo; esto es, por siete años²³.

El discurso del Tribunal Constitucional permanece anclado a una postura retórica cuando afirma la necesidad de atribuir un sentido constitucional a la ratificación. La pretensión de que este mecanismo fuera reconocible a través de los principios de la función judicial no se vería reflejada en los hechos. Tampoco dejaría de ser una aspiración que el proceso de ratificación se hiciera cuidando que la independencia fuera su presupuesto, pues la inamovilidad está sometida al proceso de ratificación en el tiempo y a las ambigüedades del juicio que implica²⁴:

“(...) la independencia se presenta como una exigencia política del Estado constitucional (...). En tal sentido, y también por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del ordenamiento en su conjunto (...)”²⁵

1575

En el esfuerzo por dotar de significado constitucional a la ratificación, el Tribunal sostiene que esta debía servir: i) como mecanismo para renovar el compromiso y responsabilidad de la magistratura; ii) como mecanismo de control sobre el ejercicio de la función; iii) como instrumento para optimizar el desarrollo institucional al interior de la carrera judicial; iv) como instrumento que fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia²⁶.

23 Está recogida en el EXP. N° 3361-2004-AATC, Fundamento 14.

24 Esta es la perspectiva desarrollada en el Exp. 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005.

25 Véase el Exp. 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005, Fundamento 11.

26 Exp. 3361 -2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005, Fundamento 16.

Todo indica que se trata de un enfoque quizás optimista. Solo así se entiende que, para el Tribunal, la independencia como un principio de la actividad judicial, también se irradia a través de la ratificación. Esta es una perspectiva que admite como legítimo el límite externo a la inamovilidad, sin considerar que ello implica una limitación concreta al ejercicio de la independencia. La argumentación del Tribunal no llega a enfrentar lo inevitable, la consecuencia específica del procedimiento de ratificación, el cese en el cargo de la función judicial.²⁷

La respuesta del Tribunal Constitucional no puede ser catalogada como fruto de una interpretación neutral o puramente técnica. Es innegable que este enfoque, donde los valores implicados se deciden en un sentido específico, responde a la existencia de condicionamientos ideológicos sobre la función del derecho y su relación con la política. Esta es una constante en los juristas y en los órganos encargados de crear y adjudicar el derecho en particular, y las propias teorías jurídicas responden a la influencia de este cuadro cultural (SILVA GARCÍA, 2001, II: 131).

1576

La propuesta del Tribunal Constitucional, en el fondo, propone instrumentalizar el significado de la independencia judicial en la lógica de mantener vigente la ratificación. Afirma que la independencia no está en cuestión con este mecanismo, pero reconoce que existe un límite normativo, de carácter externo, a la inamovilidad con lo cual, la idea de independencia también reduce su campo validez. Por esa razón, no parece legítimo el razonamiento que describe la idea de un principio constitucional, a partir de sustraer *ex ante* las garantías o rasgos que concurren en su realización. Una idea de Constitución frágil donde los principios están recortados en forma predeterminada es la que implica aceptar la independencia judicial con límites a la inamovilidad (GRIMM, 2006:

27 Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “(...) ha observado como un factor de fragilidad en la independencia de jueces y magistrados, la posibilidad jurídica de ser sujetos a una confirmación posterior para permanecer en el cargo, o bien, de ser reelectos (...)”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013: párrafo 86). <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>.

173)²⁸. Más grave aún si, como ocurre en los hechos, esta valoración se produce a través de un juicio que se produce en un escenario de escasa transparencia, abierto a la discrecionalidad y sujeto al voluntarismo de quienes emiten el juicio de ratificación.

La independencia judicial es una pieza central del modelo republicano de gobierno que contribuye a cautelar y garantizar los valores que definen la comunidad política y que la hacen viable. La impartición de justicia existe fundamentalmente si se garantiza la independencia. Por esa razón, los jueces se encuentran estrechamente vinculados y se deben a la república y los valores que ella representa.

Esta es la premisa que justifica la necesidad de garantizar la actuación del juez, al margen de los casos sobre los que debe pronunciarse y, más bien, por las razones y consecuencias en el plano valorativo y pragmático que estas traen consigo en el terreno de las instituciones y en el ámbito de la convivencia social y política.

A estas consideraciones responde la exigencia de que el modelo judicial garantice la no sujeción orgánica (externa) del juez, para evitar que las decisiones judiciales se vinculen a intereses ideológicos, económicos, políticos o de cualquier otro origen ajeno a los valores del caso en controversia. Al mismo tiempo y por consideraciones similares, se proscribe la subordinación a jerarquías internas, del juez, considerado individualmente, o de algún cuerpo de magistrados, respecto de directivas de grados superiores que puedan influir en la adjudicación de derechos y garantías en los casos concretos (ROMBOLI, 2002: 146) (SILVESTRI, 1997: 142).

Frente a esta estructura la ratificación produce una contradicción inocultable. El cese como producto de la no ratificación debilita y vulnera la independencia del juez: este queda situado en una posición de

28 Al contrario de pensar los derechos fundamentales a partir de disminuir su contenido y recortar su espacio de realización, el profesor Grimm advierte sobre la importancia de considerar los derechos fundamentales como factores que necesariamente deben ser optimizados para hacer frente a los cambios sociales. (GRIMM, 2006: 173).

incertidumbre respecto de su estabilidad y se empobrecen los valores que este representa en su estatuto constitucional. La ratificación, como expresión de un acto político normativo, resulta incompatible con la independencia judicial, porque le quita reconocimiento al punto de excluirla²⁹ del campo institucional: se mantienen ciertas formas, pero el péndulo de la ratificación cada siete años hace inevitable su crisis y vulneración.

La inamovilidad, como condición material de la independencia prohíbe que el juez pueda ser removido del cargo, sino por razones previamente definidas que afecten la conducta o idoneidad propias de la función³⁰; razones que, en principio, solo pueden ser determinadas objetiva y críticamente en un proceso disciplinario u otro, también de carácter sancionatorio, que se muestre ordenado por las garantías del debido proceso. Las causas atribuibles a las necesidades o buena marcha de la administración de justicia, que desde hace décadas han sido invocadas como justificación maximalista y autónoma, para intervenir en el ámbito de la estabilidad-inamovilidad de los jueces tampoco pueden ser consideradas sino variables dependientes de valores y principios constitucionales que deben ser reconocidos como determinantes y no al revés (ROMBOLI, 2005: 272).

La ausencia de garantías para la independencia que produce la ratificación judicial también incide negativamente en la imparcialidad. La independencia judicial debería proteger al juez de la influencia del poder político y de los condicionamientos de cualquier otro tipo al punto de debilitar la imparcialidad (BOBBIO, 1971, 270-271). Además, debido a que la ratificación se convierte en un instrumento que subordina y compromete la estabilidad del juez y que afecta su seguridad profesional, se crea un marco de condiciones que pueden vincular y afectar su decisión, por encima de sus convicciones sobre el derecho y la justicia, en uno o varios casos (ROMBOLI, 2005: 198).

29 Esta perspectiva asume la idea que justifica “(...) la revocación de una relación social permanentemente presupuesta (...)”, también en el ámbito institucional, como exclusión que puede considerarse componente estructural de las sociedades modernas. En: (Da Cunha de Souza, 2018: 247-248).

30 Exp. 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005, Fundamento 12.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado que, sin inamovilidad en el ejercicio del cargo, “(...) el juez no tendría seguridad para ejercer su cometido de modo imparcial (...)”³¹. Y al respecto, es necesario recordar que la independencia por sí sola no garantiza la existencia de imparcialidad. Deducir esta relación en forma mecánica, supondría admitir la imparcialidad de todos los fallos judiciales, pese a que pudiera darse el caso de alguna decisión injusta en lo substancial. Sin embargo, la falta de un juez independiente siempre traerá la posibilidad de un juez seguramente parcial (ROMBOLI, 2005: 198).

La imparcialidad en su relación con la justicia influye específicamente en las condiciones para que esta realice o se niegue³². La imparcialidad permite edificar el escenario de principios y argumentos para impartir justicia en el caso concreto. La ausencia de imparcialidad niega esta posibilidad, pues se abre paso a la arbitrariedad y con ella la idea de juez se extingue.

La prohibición de jueces extraordinarios, la predeterminación legal de la competencia de aquellos antes del hecho materia de juzgamiento, junto a la necesidad de garantizar la estabilidad en el cargo son las condiciones para enfrentar el problema que plantea la imparcialidad del juez: son factores que se integran para garantizar el desarrollo de un escenario confiable y propicio para la argumentación, incluso en medio de la diversidad de valores culturales de los que participa la judicatura en una democracia constitucional (ROMBOLI, 2005: 202). Un espacio necesario para preservar otros principios, tales como la igualdad, la previsibilidad, así como el carácter no arbitrario de las decisiones judiciales (ZAGREBELSKY, 1992: 201-203).

La ratificación judicial, en términos generales, pone en riesgo este conjunto de valores, principios e instituciones adquiridos a través del proceso en el que se han configurado las democracias constitucionales. Y la

31 Exp. 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005, Fundamento 12.

32 Este es un rasgo que proviene de la caracterización de la justicia como imparcialidad en los términos propuestos por John Rawls para definir la estructura del orden social, en los términos de una sociedad bien ordenada (RAWLS, 1985: 30).

perspectiva que ha servido para legitimar su presencia en nuestro país, obedece a una noción errónea sobre el papel del juez: una falacia en el razonamiento que entiende la Constitución en forma des-integrada (TRIBE, 2010: 58), como si fuera posible restringir la independencia judicial sin alterar el significado que tiene el régimen político de una democracia constitucional, sin afectar el orden constitucional como un conjunto de valores y principios que se deben unos a otros.

4. La ratificación en la práctica de la Junta Nacional de Justicia: la nueva puesta en escena

La cultura de la subordinación judicial se mantiene intacta, por encima del contexto y las exigencias básicas de una democracia constitucional, ese es el efecto que produce la ratificación sobre la independencia judicial y la posición del juez en el ordenamiento constitucional. Así se entiende que este mecanismo se instale como una característica, y no solo como una función a secas, de la propia Junta Nacional de Justicia.

1580

4.1. El *ethos* contemporáneo de la ratificación y la posición de la Junta Nacional de Justicia

Esta entidad asume la responsabilidad sobre un asunto que estuvo entre las causas que dieron lugar a la crisis del anterior Consejo Nacional de la Magistratura. Se trata, por ello, de una contradicción que no es atribuible a la Junta, aunque que inevitablemente la involucra: la crisis no estuvo únicamente radicada en el caso de corrupción de los “cuellos blancos del puerto”, este fue un síntoma que puso al descubierto un problema estructural en el que concurren factores de diverso orden y la ratificación de jueces es uno de ellos.

En otras palabras, la reforma constitucional que dio lugar a la re-configuración del modelo institucional del Consejo y trajo la aparición de la Junta Nacional de Justicia, en su lugar, es un efecto que ha buscado reconocerse en un *ethos* definido por las urgencias de la coyuntura, concretamente, la corrupción al descubierto por los audios: un discurso usado también para legitimar ciertos intereses desde el poder político, entre ellos, enmascarar, racionalizar, naturalizar y universalizar (EAGLETON, 2019: 295) la subordinación de los jueces a través de la ratificación.

Es un *ethos* que oculta la realidad previa gracias a la impronta de la crisis presente y que sirve para continuar con el trazado del campo (BOURDIEU, 2000: 181) donde se ordena la función de los jueces. A este núcleo simbólico se remite la Junta para construir la estructura que guiará el procedimiento para ratificar a los jueces de todos los niveles. No es necesario que exista una referencia explícita a este núcleo, la justificación que la Junta propone es un reflejo de esta continuidad: la ilusoria pretensión de que la ratificación sea considerada como un mecanismo que garantiza las condiciones exigidas por la independencia judicial. Así está señalado en el quinto considerando de la resolución 260-2020-JNJ del 9 de diciembre de 2020 con la cual se aprueba el Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces:

“Que el procedimiento de evaluación integral y ratificación tiene como finalidad fortalecer y mejorar el sistema de administración de justicia, promoviendo un servicio público de justicia independiente, imparcial, idóneo, predecible, confiable, eficiente, transparente y libre de corrupción; asegurando el mantenimiento de las capacidades y cualidades personales y profesionales que garanticen el correcto ejercicio de las funciones fiscales y judiciales involucrados en tal procedimiento, cuya naturaleza es distinta e independiente del procedimiento disciplinario”

1581

El trabajo que la Junta ha emprendido para asumir el desafío cuenta con la ventaja del discurso precedente, sin embargo, la realidad que este representa es solo parcial. Se deja de lado la perspectiva histórica y el carácter estructural del problema de la independencia de los jueces para echar a andar un mecanismo del pasado que no puede ser coherente con las exigencias de un ordenamiento judicial propio de una democracia constitucional.

En ese sentido la ratificación judicial es mucho más que la respuesta enmarcada en las formas de alguna interpretación constitucional, y aparece como la solución a un problema del que ella misma es una de las causas. La ratificación judicial corresponde a un discurso propio del campo en el que se identifican las creencias (MANHEIM, 2004:171) que buscan monopolizar e imponerse como principio de corrección sobre la realidad.

4.2. La confianza en las instituciones y la ratificación: los extremos opuestos de una misma realidad

La confianza es un factor esencial para el desarrollo de las formas de cooperación y articulación social que cualquier democracia demanda. En el ámbito de las instituciones públicas, la confianza deriva del comportamiento que estas muestran, es decir, cuando a través de su práctica se hace posible la realización de los derechos y libertades de las personas. La confianza está en la base de los factores que hacen posible una sociedad ordenada y definida por la justicia en su configuración: cuando existen evidencias del comportamiento institucional en favor de los derechos y libertades ciudadanas (RAWLS, 1985: 21). Y, precisamente, la organización del sistema de justicia se convierte en un instrumento, pero al mismo tiempo un espacio desde el que es posible construir la confianza en las instituciones públicas (LUHMANN, 1996: 149). La Junta Nacional de Justicia está dentro de este espacio y ocupa un lugar relevante en él.

1582

La confianza se construye no se impone. Se muestra en las decisiones cotidianas y en la voluntad para concertar los escenarios institucionales. La confianza que la Junta Nacional de Justicia debe mostrar tiene varios desafíos, todos difíciles por los problemas que implican y por el pasado reciente que llevan como carga negativa. Sin embargo, uno de estos frentes es el problema de la ratificación, ineludible por su compromiso con la configuración del cuerpo de jueces, los valores y principios constitucionales que deben integrarse a la nueva gramática de la práctica institucional que la Junta debe demostrar.

Este problema incide directamente sobre la independencia judicial y otros derechos fundamentales que son garantías del orden constitucional, de la democracia y del propio modelo republicano. La confianza se muestra también en este plano porque los derechos pueden ser entendidos como instituciones, es decir, un complejo de reales expectativas que deben ser actualizadas conforme a las exigencias sociales (LUHMANN, 2002: 149). La Junta tiene el deber de optimizar las condiciones para que estos derechos, entre ellos la independencia, se realicen.

En este contexto se entiende el esfuerzo de la Junta Nacional de Justicia cuando intenta proponer el uso de la ratificación como un

argumento para producir confianza en su propia actuación. No hay que olvidar que el *ethos* reciente de la ratificación está presente como un factor que brinda una forma anómala de legitimidad de origen, útil para respaldar la competencia de la Junta en esta materia. Esta entidad está comprometida con esta responsabilidad, con el peso de la historia en la que se gesta y la cultura institucional que la precede.

Se explica, por ello, que se insista en que la ratificación es un mecanismo a través del cual se irradia la independencia para fortalecer la autonomía del sistema de justicia, incluso para hacer de este una entidad imparcial, predecible, transparente y libre de corrupción. (Artículo 2° del Reglamento). Sin embargo, estas definiciones normativas solo pueden ser reconocidas como enunciados que tienen la pretensión de un deber ideal. En la práctica, solo constituyen la dimensión normativa que busca legitimar y ocultar la dinámica de un sistema que desconfía de los jueces y que hace lo necesario para subordinar su actuación.

La Junta busca atribuir un significado opuesto al que la ratificación implica en la práctica. Aquí funciona el marco normativo con el cual se busca defender la legitimidad de la ratificación, pero este no es capaz de revertir la consecuencia que ella trae consigo: el cese o destitución de la función judicial y la amenaza permanente sobre la independencia y la imparcialidad. Tampoco se pueden evitar las consecuencias de este impacto en la actividad judicial, en los derechos de los jueces, de los ciudadanos y en el propio funcionamiento de la democracia.

1583

Las piezas de este andamiaje están indicadas en el mismo reglamento. Ahí radica la fuente desde la que se busca construir la confianza para enfrentar el problema de la ratificación. Es una estructura que busca confirmar la relevancia de la Junta Nacional de Justicia conforme a la Constitución Política en esta materia. La pretensión de brindar confianza es una exigencia de la vida institucional pues de ella depende la legitimidad para tomar decisiones institucionales.

Sin embargo, con matices, se busca dar continuidad a lo previsto por la Ley de Carrera Judicial y los anteriores reglamentos. Es una ruta que conduce a lugares conocidos sobre la base de criterios generales que enuncian un modelo de juez en la penumbra.

4.2.1. Evaluar decisiones judiciales e independencia: entre la desconfianza y la incertidumbre

La evaluación sobre las decisiones judiciales crea un sistema de control sobre la función argumentativa de los jueces. Se produce un esquema de intervención para definir el campo válido de la razón y la interpretación en las resoluciones, por encima de los espacios de deliberación, apelaciones y contraargumentación, a los que están sometidas las decisiones judiciales.

Esta forma de evaluación está prevista a partir de criterios que configuran un modelo de razonamiento estándar si se piensa en su significado para la función académica (artículo 48 del Reglamento):

- “(...) 1. La comprensión del problema jurídico y la calidad de su exposición.
2. La coherencia lógica y solidez de la argumentación utilizada para sustentar la tesis que se acepta y, de ser el caso, para refutar la que se rechaza.
3. La congruencia procesal para los jueces y juezas y la congruencia de las opiniones para los (las) fiscales.
4. El manejo de la jurisprudencia, así como de los estándares internacionales de derechos humanos, en caso de que resulten aplicables, se evalúan como parte de la solidez de la argumentación.

En las decisiones que no se refieran a casos, la valoración se adecuará a los indicadores antes señalados”.

Estos criterios específicos parecen dispuestos para encubrir la ausencia de legitimidad del procedimiento de ratificación. En efecto, muestran la pretensión ideal de evaluar el desempeño del juez a partir de los cánones estrictos de un tipo de razonamiento jurídico modélico. Sin embargo, están ausentes de esta operación, la compleja realidad de los casos y las exigencias que estos producen en la función del juez. Los criterios de evaluación proyectan una estrategia fundamentalista (SUPIOT, 2012: 253) para justificar la intervención en un terreno contingente, una forma

de crear el manto institucional para abrirle paso a un pensamiento único en el razonamiento jurídico, como la estela vigente de una nueva ilustración que se debe imponer para civilizar (SUPIOT, 2012: 123).

Es también una práctica que ingresa inevitablemente en el campo delimitado para la independencia, pues el razonamiento seguido por el juez en el proceso es una de sus expresiones. Intervenir en este campo implica restringir el derecho del juez a enfrentar el derecho, a decirle cómo debe pensar, qué razones son válidas, cómo debe proceder para construir sus argumentos, supone una abierta injerencia en la autonomía personal del juez, es decir, en la capacidad para autodeterminarse atendiendo a su propia experiencia, a su conocimiento del derecho y a la comprensión de los cánones éticos que ordenan su vida profesional.

La evaluación de la calidad argumentativa de las decisiones judiciales provoca un escenario sensible por los valores constitucionales que están juego, que solo se explica a partir del *ethos* contemporáneo que dio lugar a la ratificación, es decir, las urgencias de la coyuntura para enfrentar las redes de corrupción judicial a raíz del caso “Los cuellos blancos del puerto”. Este hecho llevado a sus últimas consecuencias es el punto de referencia en el que se constituye y renueva la idea de la ratificación, en el período que se abre con la reforma de la Constitución Política para crear la Junta Nacional de Justicia.

1585

La evaluación, así considerada, también propone una falsa realidad producto de la extracción de los casos de su contexto específico, al no prever que esas decisiones son formalmente documentos entregados y elegidos por los propios jueces evaluados (8 en total, según el artículo 17° del Reglamento). En consecuencia, en el plano operativo arrastra un vacío insalvable que le resta legitimidad: no hay un sistema aleatorio que impida la prefabricación y orientación de estas fuentes documentales. La evaluación en este extremo se convierte en un ritual.

4.2.2. Jueces académicos sin institucionalidad académica: la confianza en las apariencias

Igualmente, extraña a la función judicial resulta la idea de evaluar la investigación académica como actividad de los jueces. Es un factor

adicional en el propósito de medir el desempeño, pero al mismo tiempo es un rasgo que incrementa la dimensión del perfil profesional exigido al juez, al margen de la función de juzgar.

Se ha dispuesto que este examen debe verificar la producción académica en libros, capítulos de libros, publicaciones realizadas en revistas especializadas en Derecho y ponencias en materia jurídica. Se establece, además, que los criterios de evaluación son los siguientes:

- “1. La originalidad o la creación autónoma de la obra.
2. La calidad científica, académica o pedagógica de la obra.
3. La relevancia y pertinencia de los trabajos con las políticas en materia judicial o fiscal.
4. La contribución al desarrollo del derecho.” (artículo 52° del reglamento).

1586

Este examen tiene una debilidad de origen debido a la ausencia de especialidad del órgano evaluador para asumir una responsabilidad de este tipo. Es un problema que no se salva con la observancia de los criterios para evaluar que se asemejan a los previstos en las universidades (artículo 52°), ni con la posibilidad de transferir a terceros externos la tarea. En este extremo el problema puede adquirir una dimensión de mayor significado por los valores comprometidos en este proceso y los riesgos que se amplían.

Sin embargo, el problema de mayor envergadura es el que se produce en el perfil del juez. Este criterio de evaluación propone la idea de una persona que además de ocuparse de su despacho judicial, preparar sus resoluciones y enfrentar las dificultades del sistema de justicia, debe dedicar tiempo y concentración para investigar y publicar. El juez, en esta perspectiva, también debe ser un académico capaz de mostrar su producción conforme a los estándares de calidad que las instituciones académicas han incorporado en su desarrollo.

Pero mientras la vida universitaria se configura a partir de la producción académica de los miembros de su comunidad y a ella responden

sus fines y valores (BOURDIEU, 2009: 284-285), parece inevitable que la transferencia al campo judicial de los criterios para evaluarla producirá un significado diferente, en contraste con la realidad institucional del sistema que tiene sus propias exigencias y fines. En este escenario la evaluación se impone sin razones que se remitan al quehacer institucional, desde una instancia situada por encima de los jueces y como la exigencia intransigente de una práctica que se asume necesaria desde la autoridad.

El efecto de esta evaluación será puramente simbólico, pues resulta evidente la ausencia de condiciones institucionales para que los jueces, salvo casos muy particulares, puedan cumplir con los parámetros de exigidos por este rubro de evaluación. Y se trata de una condición que no puede ser calificada con condescendencia sin asumir el impacto que tiene en el perfil del juez. Una evaluación para proyectar un significado ajeno a la realidad, que se usa instrumentalmente para medir su desempeño y también para justificar su destitución.

4.2.3. La gestión de los procesos y la jerarquía sobre los jueces: la confianza en la información, no en el juzgador

1587

Un caso relevante corresponde a la evaluación de la gestión de los procesos judiciales y las condiciones para cumplir con la exigencia ciudadana de justicia, como rasgo representativo de toda democracia constitucional. La aspiración es que se produzcan los bienes públicos que concurren en el proceso de impartición de justicia y que esto ocurra en términos de eficiencia. (GONZALES, 2009: 467).

Sin embargo, es posible que el rigor para obtener esta información no solo deba superar las barreras y limitaciones de la realidad institucional, sino que vea menoscabada su legitimidad debido al marco punitivo en el que se produce: un escenario dominado por un sistema jerárquico donde la Junta aparece en la cúspide. Un campo que establece una diferenciación funcional impuesta desde las normas (TEUBNER, 2000: 118,119) y que se proyecta como un débito de los jueces frente al sistema.

Es un sistema que no ignora la independencia judicial, pero la considera sometida a ciertas demandas institucionales antagónicas que la modelan y reutilizan para sus fines, adelgazando su significado gracias a

la autoridad formal del derecho (BOURDIEU, 2000: 158). La información sobre el sistema judicial obtenida en este contexto no podrá evitar la orientación impresa por las prácticas de los jueces expuestos a las consecuencias de la ratificación. Esta información estará marcada por el déficit de independencia, la cultura institucional resultante y las limitaciones materiales que caracterizan el ámbito donde tiene lugar la gestión administrativa de los procesos judiciales.

4.2.4. La conducta de los jueces y la desconfianza más allá del despacho judicial

La evaluación de la conducta de los jueces es uno de los aspectos más problemáticos de la idoneidad debido a su identificación con la esfera de la ética. En este caso, el reglamento de ratificación sugiere, en forma implícita, que el actuar correcto en el ejercicio de la función judicial tiene un correlato con el comportamiento del juez como miembro de la comunidad. La premisa de esta conexión sería que, al ser la misma persona, no habría forma de distinguir o evitar que la conducta demostrada por el juez en los hechos de su vida cotidiana repercuta sobre su labor profesional³³.

1588

33 Artículo 43 del Reglamento: Son: Componentes de la evaluación de la conducta: La evaluación de la conducta se compone de los siguientes aspectos: 1. Medidas disciplinarias impuestas, quejas resueltas, denuncias e investigaciones concluidas. 2. Valoración de la participación ciudadana. 3. Asistencia, puntualidad y uso adecuado de licencias. 4. Procesos judiciales. 5. Méritos y reconocimientos. 6. Informes de Colegios de Abogados. 7. Información Patrimonial: de las declaraciones juradas de bienes y rentas, Registros Públicos, de la Contraloría General de la República, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, de la Superintendencia de Banca y Seguros, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Servicio de Administración Tributaria, Infocorp o Equifax, Cámara de Comercio, Bancos y entidades financieras o de Crédito, Superintendencia Nacional de Migraciones y Municipalidades. 8. Independencia, trayectoria democrática, defensa de la Constitución; labor de proyección social y promoción de la Administración de Justicia, siempre y cuando tengan un buen desempeño, y buena celeridad y rendimiento. 9. Exclusividad de la función. 10. Antecedentes policiales, judiciales, penales y sanciones administrativas. 11. Observancia y respeto a la interculturalidad de los pueblos. 12. Observancia y respeto a las normas éticas, sociales y jurídicas; sobre Violencia de Género, protección de la mujer, niñas, niños, las y los adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores. 13. Información de Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM). 14. Información de Registro de Deudores Judiciales Morosos (REDJUM). 15. Información de Registro de Deudores por Reparaciones Civiles (REDERECL). 16. Información de Registro de Abogados Sancionados por Mala Práctica

Esta perspectiva lleva consigo un problema debido a la dualidad de base sobre la que se construye. Por un lado, es necesario recordar que los jueces de las democracias constitucionales están obligados a justificar sus resoluciones no en función de su moral personal, sino más bien conforme a los valores, principios y razones que corresponden al caso concreto (MALEM, 2001: 388). Al mismo tiempo, parece inevitable reconocer como un dato de la realidad que los jueces ejercen una capacidad de decisión específica y considerable sobre los derechos de las personas. Esta característica exige frente a la ciudadanía el cumplimiento de ciertos estándares de conducta en materia de honestidad y compromiso con los valores de la comunidad que produzcan confianza (UNODOC, 2013: 31).

Esta dificultad es la mejor expresión del carácter que presenta la función judicial y de la particular posición en la que se encuentran los jueces en la práctica institucional. Así las cosas, la evaluación en esta área tiene una repercusión directa en el propio significado del perfil de juez, pero va más allá de la conducta en su labor profesional. Por eso resulta oportuna la pregunta sobre el campo en el cual se debe aplicar esta evaluación. En efecto, la corrección moral que se espera del juez conforme al reglamento es relevante en cualquiera de estos escenarios: en el ejercicio de la función o en su comportamiento como ciudadano. Al final, para el reglamento ambos son relevantes por su incidencia en el quehacer profesional. Ahí están los bienes jurídicos que se busca tutelar. Y esa es la única razón que justifica la idea de evaluar la conducta de los jueces, en su papel de ciudadanos. En los términos de esta evaluación, sería absurdo establecer algún tipo de control sobre la conducta de los jueces si no fuera por su relación, sin que importe cuál sea, con el ámbito de lo público y la función judicial. Solo en esa dirección podría ser irrelevante hacer alguna diferencia entre ambos espacios.

Profesional. 17.Verificación de su declaración jurada sobre no afiliación a organización política. 18.Actualización permanente de sus hojas de vida a través de la ficha única, accesible desde la extranet de la Junta Nacional de Justicia. 19.Otra Información que el Pleno o la Comisión considere relevante.

La coherencia que se espera entre los bienes y el instrumento para garantizar su tutela o para controlar la conducta de los jueces al respecto se remite, en principio, al terreno de la disciplina. Este es el campo más idóneo para valorar la conducta que se espera del juez. Aquí se identifican los bienes jurídicos que están en la base del ordenamiento judicial como reflejo específico de los bienes constitucionales que se busca proteger. Por esa razón es indispensable la definición de los supuestos fácticos que configuran las infracciones y demás elementos procesales, básicos en este contexto, para discernir los casos y proponer soluciones y decisiones exigidas por la dinámica del ejercicio de la función del juez. La conducta del juez incluso en su papel ciudadano no pierde de vista este parámetro.

1590

Esa no es la realidad que propone la ratificación. El hecho de ofrecer un ordenamiento paralelo al disciplinario crea un espacio de dudosa legitimidad constitucional por los valores que implica. Aquí se abre un esquema que busca delimitar el ámbito del comportamiento del juez como ciudadano sin definir ni precisar la relación entre los supuestos cuestionados con la dimensión de la función judicial. Al final, la ratificación a partir de la conducta de los jueces, fuera del despacho judicial, se convierte en una zona de incertidumbre sobre los criterios que habrán de definir sus consecuencias.

5. El futuro de la ratificación judicial: a modo de reflexión final

Desde que la ratificación fue reconocida en la Constitución de 1993, las cosas no han mejorado en el Poder Judicial, ni se ha producido un cuadro favorable en el servicio de justicia para los ciudadanos como resultado específico de su puesta en práctica. La historia de todos estos años muestra que su efecto ha sido contrario a los fines del ordenamiento constitucional al que se deben los jueces y la función de juzgar.

En efecto, la crisis del sistema judicial que se hizo visible con el caso “Los cuellos blancos del puerto” y que dio lugar al relanzamiento de la ratificación, no responde a un escenario organizado en poco tiempo. Son hechos que ponen en evidencia el deterioro de las prácticas institucionales como parte de una cultura que ha contribuido a que ello ocurra

y la ratificación ha sido un instrumento funcional a este proceso o, por lo menos, no ha servido para contrarrestarlo.

Por todo ello, la persistente vigencia de este instrumento en los tiempos más recientes parece responder a una forma de entender el sistema judicial, que defiende los valores de la democracia constitucional, pero desconfía de los jueces y se entremezcla con una visión opuesta, más bien autoritaria y escéptica de la independencia judicial. La combinación de ambas ideas también explica la precariedad que exhiben los criterios definidos para ratificar jueces.

La ratificación aparece como sinónimo de un tipo de “independencia judicial limitada”. Una tendencia cultural que se sobrepone al papel relevante que los jueces deben cumplir en las democracias constitucionales: la expresión de una forma de entender la relación entre el poder político y la jurisdicción. La ratificación aproxima la figura del juez a la de un funcionario público expuesto al control de sus superiores jerárquicos en su quehacer funcional, en su razonamiento, incluso en su conducta fuera de las oficinas judiciales.

1591

Cabe recordar que las instituciones hacen posible la conformación del proceso político necesario para la evolución de las comunidades. Las instituciones funcionan como un acervo que permite y orienta el sentido de la interacción humana, están presentes desde lo más cotidiano de las relaciones entre las personas hasta en las deliberaciones y decisiones políticas más trascendentales para una comunidad (NORTH, 1990: 3 - 4). Este es el papel que cumple la ratificación como institución que responde a las exigencias de quienes la justifican y que, a través de su práctica, es capaz de irradiar ese mismo discurso, marcando un derrotero y creando los mecanismos para darle sostenibilidad.

La ratificación judicial es una institución del proceso político que se alimenta de las anomalías producidas por una cultura compartida por los jueces y que se integra al sistema judicial. En torno a ella se organiza una particular estructura de ideas y procedimientos en busca de normalizar su vigencia en el ordenamiento constitucional. Su función está dispuesta, en un sentido, para orientar el desempeño de los jueces

y para definir el funcionamiento del sistema judicial con tal propósito. Esta relación se refleja en el carácter del sistema democrático, pues la independencia judicial es uno de los principios que explican la existencia de las democracias. Por lo tanto, la ratificación está presente también en el significado que tienen los derechos y libertades ciudadanas cuya realización suele ser modelada por los jueces y constituyen, en conjunto, uno de los fines principales del modelo democrático.

La formación institucional que la ratificación ha hecho posible da cuenta de un conjunto amplio de componentes: los procedimientos y requisitos, pero también los espacios de discrecionalidad, las prácticas orientadas a la vulneración de los principios y reglas del orden constitucional y legal. Todo ello es parte de un campo mayor que, como se ha dicho, refleja las ideas sobre el juez y la función judicial en su relación con el orden constitucional y el carácter de la democracia.

1592

La ratificación judicial es la expresión de lo que debería cambiar en el ordenamiento judicial³⁴: los sedimentos culturales que resisten el paso del tiempo y se oponen a las demandas de la realidad, que forman parte de la tolerancia judicial frente a los golpes de Estado y se alinean a

34 En los próximos meses el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos deberán decidir sobre dos casos que podrían tener alguna consecuencia en el futuro normativo de la ratificación judicial. El Tribunal deberá pronunciarse sobre una demanda contra la Ley N° 30904, *Ley de reforma constitucional*, y contra la Ley N° 30916, *Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, en calidad de norma conexa, para que se declare la inconstitucionalidad de las medidas de ratificación y de evaluación parcial de los magistrados. Esta demanda ha sido presentada en forma conjunta por el Colegio de Abogados de Sullana conjuntamente y el Colegio de Abogados de Cajamarca. Por su lado, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos está pendiente el caso Cuya Lavy y otros contra el Estado peruano. El caso demanda el pronunciamiento, luego de haber agotado la vía interna, de un conjunto de violaciones que se habrían producido en el proceso de evaluación y ratificación de víctimas del caso, fiscales y jueces, por el Consejo Nacional de la Magistratura entre los años 2001 y 2002. Se sostiene que se vulneró el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada, así como de tener el tiempo y los medios adecuados para la defensa de las víctimas dado que, durante el procedimiento de evaluación y ratificación, se afirma que el Consejo nunca habría formulado cargos o acusación en contra de las víctimas, ni les informó que denuncias o quejas en su contra que les permitieran presentar pruebas de descargo respecto de las mismas, previamente a la decisión de no ratificarlos. Véase la nota al respecto en: https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cuya_lavy_y_otros.pdf

las intervenciones en el sistema de justicia, que participan de las redes de corrupción, que muestran su falta de compromiso con la función judicial y exhiben una débil conceptualización jurídica. Todas estas son las piezas de un sistema frágil y precario que exige los arreglos institucionales del más alto grado para transformar las bases culturales de este orden hacia el futuro.

Bibliografía

1. BASADRE, Jorge (1968). *Historia de la República del Perú 1822- 1933*. T. XIII, Sexta Edición aumentada y corregida. Lima: Editorial Universitaria.
2. BOBBIO, Norberto (2004). *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*. En *Questione Giustizia*. Milano: Franco Angeli.
3. BOURDIEU, Pierre (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico". En *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
4. BOURDIEU, Pierre (2003) "Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva". En: *Jueces para la democracia* N° 47, Madrid.
5. CORREA, Jorge (1999). "Cenicienta se queda en la fiesta. El Poder Judicial chileno en la década de los 90". En: *El modelo chileno. Democracia y desarrollo en los noventa*. Paul Drake – Iván Jaksic (compiladores). Santiago de Chile: LOM Ediciones, Colección sin norte, 1999.
6. COTLER, Julio (2018). *Clases: Estado y Nación en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP.
7. EAGLETON, Terry (2019). *Ideología*. Bogotá: Paidós.
8. FLORES GALINDO (1999). Alberto, La tradición autoritaria: Violencia y democracia en el Perú. Lima: SUR. Casa de Estudios del Socialismo-APRODEH.
9. FRIEDMAN, Lawrence (1975) *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russel Sage Foundation.
10. FRIEDMAN, Lawrence (1969). "Legal Culture and Social Development". En: *Law & Society Review*, Aug., Vol. 4, No. 1 (Aug., 1969), pp. 29-44 Published by: Wiley on behalf of the Law and Society Association Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/3052760>.

11. GARCÍA RADA, Domingo y Bustamante y Rivero, José Luis (1963). “El Poder Judicial en el siglo XX - “El proyecto de reforma del Poder Judicial”. Separata del libro *Visión del Perú en el Siglo XX*, Lima.
12. GARCÍA RADA, Domingo (2004). *Memorias de un juez*. Ica: Editorial San Marcos - Centro de Investigaciones Judiciales Manuel Augusto Olaechea de la Corte Superior de Ica.
13. GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1987). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
14. GONZALES MANTILLA, Gorki (1998). *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Universidad Diego Portales de Chile y Fondo Editorial del Pontificia Universidad Católica del Perú.
15. GONZALES MANTILLA, Gorki (2005). “El juez preconstituido por ley en tiempos de constitucionalismo”. En: Prólogo a Roberto Romboli. *El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional*. Lima: Palestra.
16. GONZALES MANTILLA, Gorki (2009). *Los jueces. Cultura jurídica y carrera judicial*. Lima: Palestra – Pontificia Universidad Católica del Perú.
17. GRIMM, Dieter (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
18. HENDERSON, Lynne (1991). “Authoritarianism and the Rule of Law”. En: *Indiana Law Journal*, Volúmen 66, Número 379.
19. LÓPEZ, Sinesio (1992). “Perú: Una Modernización Frustrada (1930-1991)”. En: *Desde el Límite. Perú. Reflexiones en el umbral de una nueva época*. IDS, p. 109-213.
20. LUHMANN, Niklas (2002). *I diritti fondamentali come istituzione*. Introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari: Edizione Dedalo.
21. LUHMANN, Niklas (1996). *Confianza*. México: Anthropos-Universidad Iberoamericana.
22. MALEM, Jorge. (2001) ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? Alicante: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. [S.l.], n. 24, p. 379-403, nov. 2001. ISSN 2386-4702. Disponible en: <<https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-pueden-las-malas-personas-ser-buenos-jueces>>. Fecha de acceso: 18 jun. 2021 doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.14>.
23. MANNHEIM, Karl (2004). *Ideología y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
24. MONATERI, Pier Giuseppe (2018). *Geopolítica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Roma-Bari: Editorial La Terza.

25. NORTH, Douglas C (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press.
26. UNODOC - Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2019). “Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Viena.
27. PEÑA, Carlos (1998). “Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos”. *Revista de la Academia de la Magistratura*, N° 1, Lima.
28. PLANAS, Pedro (1998) “Proceso a la Reforma Judicial (1992-1998)”. En prólogo Gorki Gonzales. *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Universidad Diego Portales de Chile y Fondo Editorial del Pontificia Universidad Católica del Perú.
29. QUIROZ, Alfonso W. (2013) *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
30. ROMBOLI, Roberto y Saulle Paniza (1995). “Ordinamento giudiziario”, En: *Digesto Delle Discipline Pubblicistiche*. X, Torino: Utet.
31. ROMBOLI, Roberto y Saulle Panizza (2002). “Principi Costituzionali relativi all’Ordinamento Giudiziario”. En: *Ordinamento Giudiziario e Forense*. Volume I: Antologia di scritti. Pisa: Edizione Plus - Università di Pisa.
32. ROMBOLI, Roberto (2002). “L’applicazione della costituzione da parte del giudice comune”. En: *Ordinamento Giudiziario e Forense*. Volume I: Antologia di scritti. Pisa: Edizione Plus - Università di Pisa.
33. ROMBOLI, Roberto (2003). “La evaluación de la profesionalidad entre la legislación actual y las posibles reformas”. Ponencia en la Universidad de Génova, 22 de febrero del 2003, (mimeo).
34. ROMBOLI, Roberto (2006). “La nuova disciplina ed il ruolo del giudici oggi”. En *La legge di riforma dell’ordinamento giudiziario. Foro Italiano*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, enero del 2006.
35. ROMBOLI, Roberto (2005). *El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional italiano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra editores.
36. ROMBOLI, Roberto (1981). *Il Giudice Naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell’ordinamento costituzionale italiano*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa.
37. RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Quítate la venda para mirarme mejor. La reforma judicial en el Perú*. Lima: DESCO.
38. SAGER, Lawrence (2004). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons.

39. SAN MARTÍN, César (1992). “La justicia en el Perú y el golpe de Estado del presidente Fujimori” En: Jueces para la democracia. N° 15, Madrid.
40. SILVA GARCÍA, Germán (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia*. T.II. Lima: Universidad Externado de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA.
41. SILVESTRI, Gaetano (1997). *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Torino: G. Giapichelli, Editore.
42. SUPIOT, Alain. (2012) *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
43. TARELLO, Giovanni (1995). *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económico.
44. TRIBE, Laurence y Michael C. Dorf. (2010) *Interpretando la constitución*. Lima: Editorial Palestra.
45. TEUBNER, Pierre (2000). “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”. En *la Fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
46. ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *Il diritto mite*. Legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi.

L'indipendenza del giudice e le sue condizioni

✉ MASSIMO LUCIANI*

1. Stato di diritto e indipendenza del giudice

Nel magnifico *Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*, scritto –in tarda età– attorno al 1670, Thomas Hobbes fa dire al *Lawyer* (sostenitore delle tesi di Sir Edward Coke, se non addirittura sua personificazione) che la *recta ratio* “is an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not every man’s natural reason; for *nemo nascitur artifex*. This legal reason is *summa ratio*; and therefore, if all the reason that is dispersed into so many several heads, were united into one, yet could he not make such a law as the law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men. And this is it, he calls the common law”¹. Il ragionamento è chiaro: il diritto inglese è espressione di ragione e lo è perché si è formato gradualmente e per sedimentazione nel corso della storia, ma soprattutto grazie all’apporto di un numero infinito di “grave and learned men”, che l’hanno conformato secondo i bisogni della società civile e nell’osservanza di alcuni principi fondamentali del pensiero razionale.

1597

Chi siano questi “grave and learned men” è agevole intendere: sono i giuristi professionisti, in particolare i giudici, ai quali si devono sia l’elaborazione delle astratte categorie del diritto che la soluzione dei

* Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma - La Sapienza.

1 T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England* (1670?), in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth*, London, Bohn, 1839-1845, 14 (corsivi nell’originale).

concreti problemi pratici posti di volta in volta dal conflitto sociale e individuale. Si tratta, insomma, di quel ceto di sapienti che –per usare un’espressione fortunata di Paolo Grossi– è il solo che sia dotato di “provvedutezza”² ed è il solo che sia qualificato alla “invenzione” (nel senso di *inventio*) del diritto³.

La risposta del *Philosopher* (sostenitore delle idee hobbesiane e personificazione dello stesso autore del dialogo) è folgorante. “Do you think this to be good doctrine? Though it be true, that no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers; and when they have applied their reason to the laws, (which were laws before they studied them, or else it was not law they studied), may be as fit for and capable of judicature, as Sir Edward Coke himself, who whether he had more or less use of reason, was not thereby a judge, but because the King made him so”. Non l’intelletto dei giuristi, ma “[...] the King’s reason, be it more or less, is that *anima legis*, that *summa lex*, whereof Sir Edward Coke speaketh, and not the reason, learning, or wisdom of the judges [...]. Therefore unless you say otherwise, I say, that the King’s reason, when it is publicly upon advice and deliberation declared, is that *anima legis*; and that *summa ratio* and that equity, which all agree to be the law of reason, is all that is or ever was law in England, since it became Christian, besides the Bible”⁴.

Questa risposta merita d’essere analizzata con un minimo di attenzione, perché in essa troviamo elementi preziosi per la comprensione (e la critica di alcuni aspetti) della modernità giuridica. Penso che sia necessario mettere in luce soprattutto quattro passaggi fondamentali:

2 P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2007, 23.

3 La dottrina dell’*inventio* ha avuto molto successo. Fra i costituzionalisti che l’hanno ripresa, M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2004, 239: “l’interprete non crea dunque mai una soluzione giuridica. Egli piuttosto la *inventa*, per invenzione intendendo l’*inventio*, la scoperta di ciò che già c’è e che già è accolto, più o meno consapevolmente, dalle altre persone che formano il proprio uditorio”.

4 T. HOBBS, *A Dialogue*, cit., 14 sg. (corsivi nell’originale).

- a) qualunque essere umano può applicarsi allo studio del diritto e diventare giurista;
- b) il giurista è colui che applica la propria ragione allo studio delle leggi, non colui che le crea (perché queste “erano leggi prima ch’essi le studiassero, altrimenti essi non avrebbero studiato delle leggi”);
- c) il giudice è tale non perché sia dotato di ragione migliore di altri o di un tipo particolare di ragione, ma perché “il re l’ha fatto tale”;
- d) conseguentemente, la *ratio* non è data al diritto da quella dei giuristi, ma da quella del re (“manifestata nelle debite forme”).

Ora, ognuno di questi passaggi è di importanza capitale sia per l’elaborazione di una corretta teoria dell’interpretazione sia per la definizione di un corretto rapporto fra giurisdizione e legislazione. Non è questo, tuttavia, ciò che qui interessa. Il profilo che in questa sede è rilevante è quello della relazione che intercorre fra queste riflessioni e la questione dell’indipendenza del giudice. Del giudice, insisto, perché qui non mi occuperò, se non marginalmente, dell’indipendenza del magistrato del ministero pubblico.

1599

A me sembra che in queste riflessioni hobbesiane si manifesti una concezione della giurisdizione chiaramente funzionale alle esigenze di legittimazione e di stabilizzazione della monarchia assoluta, ma che questa sia una semplice contingenza storica e che l’elaborazione concettuale che vi è sottesa sia logicamente indipendente dall’*occasio* che la determinò, meritando di essere recuperata anche in un contesto storico e valoriale del tutto diverso, qual è quello delle democrazie pluralistiche contemporanee. Vediamo.

Il giudice, nell’impostazione di Hobbes, è un funzionario. Il punto essenziale, a mio avviso, è questo, non che si tratti specificamente di un funzionario del re. Nelle democrazie liberali e sociali della contemporaneità non si postula un rapporto di subordinazione del giudice nei confronti di chi l’ha nominato, sicché l’essere funzionario, lungi dal

costituire un attentato alla sua indipendenza, mette il giudice al riparo dai condizionamenti esterni. Il giudice funzionario, non il giudice elettivo, è potenzialmente non condizionabile. Non lo è nel momento generativo della funzione (non deve promettere nulla a nessuno per essere eletto) e non lo è nel momento dell'esercizio della funzione (non deve rendere conto ad alcuno e non deve brigare per essere rieletto). Il carattere funzionario della giurisdizione è dunque garanzia di (astratta) non condizionabilità, ovviamente –ribadisco– a condizione di non ipotizzare un vincolo gerarchico tra il funzionario e l'autorità politica che formalmente lo ha nominato.

1600

In secondo luogo, il giudice è qualcuno che non “crea”, ma “applica” la legge. Se così non fosse, proprio il giudice-funzionario perderebbe la propria legittimazione: è diventato tale perché ha studiato la legge, ma se la legge fosse quella da lui creata non sarebbe legittimato a essere giudice, perché “altrimenti [...] non avrebbe[...] studiato delle leggi”). Consta che nella discussione odierna sulla giurisdizione questo fondamentale argomento hobbesiano è stranamente trascurato, ma a me sembra che il paradosso che disegna sia di capitale importanza e che dica molto anche sulla questione dell'indipendenza del giudice: proprio se il giudice non è potenza creatrice, la sua indipendenza è massima, perché la sua azione non subisce nemmeno il condizionamento degli apprezzamenti di valore che il giudice stesso coltiva *in interiore homine*.

Questo è un punto decisivo, che merita qualche considerazione supplementare.

2. **Indipendenza interna; indipendenza esterna; indipendenza interiore**

Riferendosi all'esperienza italiana (ma con considerazioni estensibili a molte esperienze giuridiche contemporanee) lo studioso e amico onorato in questa raccolta di saggi ha scritto che “il nostro modello di ordinamento giudiziario trova i suoi punti essenziali nella indipendenza esterna dei giudici –specie nei suoi rapporti con il potere politico– nella indipendenza interna –garantita dalla progressione a ruoli aperti, dal sistema di organizzazione del lavoro secondo il metodo tabellare, dalla

applicazione, anche a livello legislativo, del principio di precostituzione del giudice e della logica ad esso sottostante— nonché da un pubblico ministero, garantito al pari del giudice quanto ad indipendenza esterna, con una sempre maggiore valorizzazione del profilo di indipendenza interna e caratterizzato dal principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale”⁵.

Si tratta di una sintesi perfetta dei caratteri fondamentali dell'indipendenza, specie per come sono stati ricostruiti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: l'*indipendenza interna* è garanzia nei confronti di qualunque condizionamento proveniente dal seno stesso della magistratura; l'*indipendenza esterna* è garanzia nei confronti di qualunque condizionamento proveniente da altri soggetti o plessi istituzionali. Quanto all'indipendenza, specificamente, della magistratura requirente, essa sta appunto nel principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Come si legge in una importantissima sentenza della Corte costituzionale, che ha recuperato, ma ulteriormente sviluppato, gli spunti di alcuni precedenti, “[...] *l'obbligatorietà dell'azione penale, punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale, costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero (cfr. sentenze nn. 88 del 1991 e 84 del 1979)*”⁶.

1601

Sintesi perfetta, insisto, che precisamente definisce la classica *diade* dell'indipendenza (interna ed esterna), ma che —a me sembra— potrebbe e dovrebbe essere trasformata in *triade*, affiancando alle prime due forme di indipendenza una terza, che chiamerei *indipendenza interiore*, cioè indipendenza del giudice da se stesso.

Si tratta di un profilo che, in realtà, la nostra tradizione giuridica ha valorizzato da tempo immemorabile. Già nel Codice di Giustiniano

5 R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Direitos fundamentais & Justiça*, n. 6/2009, 20 sg. Già anni addietro, analogamente, R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, *Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981, 127 sg.

6 Corte cost., sent. n. 420 del 1995.

leggiamao che “*Generali lege decernimus neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere sententiae*”⁷, ma l’origine è ancor più risalente, trovandosi “in una costituzione della fine del IV sec. d. C., appartenente alla cancelleria di Graziano e trādita in C.Th. 2.2.1.”⁸. Ebbene: a me sembra che in questa antica previsione e nella massima “*nemo iudex in causa propria*”, che la traduce nel nostro lessico giuridico quotidiano, emerga con decisione l’idea che il giudice debba essere anzitutto indipendente da se stesso, nel senso che gli è precluso non solo anteporre il proprio interesse soggettivo a quello oggettivo della legge, ma –ancor più radicalmente– tenerlo in qualche modo in considerazione⁹. Per questo, insisto, mi sembra necessario parlare anche di *indipendenza interiore*.

Qui sorgono, però, questioni, teoriche e pratiche, di straordinaria complessità, che in questa sede possono essere soltanto accennate, ma che non si possono trascurare.

1602

L’idea di un’indipendenza del giudice da se stesso, invero, è contestata da quanti fanno leva sull’impossibilità di una separazione fra oggettività e soggettività nella sua attività. Punto di partenza è la nota riflessione di Josef Esser sulla precomprensione¹⁰, a sua volta debitrice di quelle –più generali– di Gadamer e, ancor prima, dello Heidegger di *Sein und Zeit*. Poiché –per dirla appunto con Esser– nessun giudice si accosta al caso da decidere “*jungfräulich*”, cioè vergine d’ogni suo inquadramento entro coordinate di pensiero o assiologiche pre-acquisite, alcuni pensano

7 C. 3.5.1 *Imppp. Valens, Gratianus, Valentinianus AAA. ad Gracchum pu.*

8 P(AOLA) BIANCHI, *Il principio di imparzialità del giudice: dal Codice Teodosiano all’opera di Isidoro di Siviglia*, in AA. Vv., *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti - Isidoro di Siviglia*, a cura di G. Bassanelli Sommariva e S. Tarozzi, Rimini, Maggioli, 2012, 181. La stessa Bianchi precisa che “Si tratta di una costituzione *lecta* il primo dicembre 376, attribuita a Graziano e destinata a Gracco *praefectus urbis*” (ivi, 182).

9 Proprio R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 66, ha messo in luce il coinvolgimento “personale” del giudice che rimette alla Corte costituzionale una questione incidentale, ma ha riconosciuto che, comunque, egli agisce “in nome del superiore interesse pubblico”.

10 J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1970.

che l'oggettività del giudizio sia concettualmente compromessa, a causa dell'inevitabile legame fra attività interpretativa e applicativa del diritto, da un lato, e patrimonio culturale pre-acquisito dal giurista dall'altro. Non è, però, così.

Certo, le menti dei giuristi non sono *tabulae rasae*, sulle quali di volta in volta possano essere scritti i dati del caso e riscritti i paradigmi normativi in base ai quali risolverlo: il giurista, come qualunque essere umano, è figlio del proprio tempo e da quel tempo ha recepito le condizioni di possibilità del proprio pensiero. In *Pierre Menard, autore del Chisciotte*, forse meglio di quanto avrebbe potuto un saggio filosofico-giuridico, ci è offerta la piena misura dell'ineludibilità del rapporto fra tempo e pensiero. Lo scrittore immaginato da Borges, che voleva scrivere "il" Chisciotte, non intendeva copiare l'originale di Cervantes, non s'abbassava a trascriverlo, ma voleva scrivere autonomamente il Chisciotte, in modo che però coincidesse "parola per parola e riga per riga" con quello di Cervantes. Egli pensò, di prima intenzione, di immergersi nella cultura spagnola del Seicento, pensò di "essere Miguel de Cervantes"¹¹, ma questo era un metodo, all'un tempo, troppo banale e impossibile. Menard doveva scrivere il Chisciotte in quanto Menard ed è questo che Borges immagina egli abbia fatto. Non gli era permesso altro. E così al giurista, al giudice, non è permesso spogliarsi delle proprie coordinate mentali e approssimarsi "*jungfräulich*" al caso.

1603

Ora, se questo è vero, non è meno vero che lo stesso Gadamer, sulla scia di Heidegger, ammonisce che "Ogni interpretazione corretta deve difendersi dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, guardando «alle cose stesse»"¹². Insomma: "quando comprendiamo l'opinione di un altro non possiamo attenerci ciecamente alle nostre pre-supposizioni sullo argomento"¹³. Anche nell'universo

11 J.L. BORGES, *Pierre Menard, autore del Chisciotte*, in *Finzioni*, ora in ID., *Opere complete*, Milano, Mondadori, 1984, trad. it. a cura di D. Porzio, 655.

12 H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 313.

13 H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 315.

concettuale della dottrina ermeneutica, dunque, la contrapposizione fra oggettualità e soggettivismo è riconosciuta e la prima deve essere perseguita a dispetto dei condizionamenti provenienti dalla seconda.

Questo, ovviamente, vale quando ci riferiamo al modo in cui il giudice si accosta al caso e alle norme che lo regolano, che restano pur sempre oggetti di atti cognitivi. Ma quando passiamo alla decisione del caso? Che accade quando il giudice, conosciuti il caso e i suoi paradigmi, deve passare a dare la soluzione che s'imporrà alle parti del giudizio? Non è forse irresistibile, a questo punto della sua azione, il prepotente emergere dei suoi convincimenti assiologici? Non è forse inevitabile che il giudice realizzi la propria idea di giustizia, modellandovi la soluzione del caso? È, questo, il delicatissimo tema della giustizia del caso concreto.

3. Giudice e giustizia del caso concreto.

1604

Non è qui possibile nemmeno sfiorare la questione cruciale del collegamento fra caso, interpretazione e pronuncia del giudice. Mi limito, allora, a due notazioni preliminari e a una considerazione sugli effetti di sistema che sono determinati da alcune dottrine oggi assai seguite (ma a mio avviso decisamente criticabili).

La prima notazione preliminare è che, sempre nella prospettiva della dottrina ermeneutica (la cui plausibilità andrebbe –però– a mio avviso attentamente vagliata quando si discute dell'interpretazione giuridica)¹⁴, il caso occupa posizioni differenziate, ora collocandosi all'inizio del circolo ermeneutico (sì: sebbene sia rappresentato in questa forma geometrica, considerata la struttura logica del ragionamento umano, il circolo ermeneutico non può non avere un inizio), ora venendo dopo il testo¹⁵.

14 Rinvio, per una più diffusa argomentazione, a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391. Questo scritto è stato ora sottoposto ad ampia e serrata critica (alla quale mi riservo di replicare) da A. LONGO - F. MODUGNO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, ES, 2021.

15 L'incertezza è più che comprensibile e talora si trova anche nel pensiero del medesimo autore. Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^a ed., Padova, 2012, 91 sgg. - ove si legge che "è il caso (concreto o ipotizzato) a rappresentare il punto di partenza,

La seconda è che sovente si ritiene che l'interpretazione giuridica a fini pratici (qual è tipicamente quella giudiziale) proceda dal caso al diritto, perché "il caso è la molla che lo mette in moto e dà la direzione [...]". Dal caso l'interprete procede e ad esso ritorna, in un procedimento circolare (il «circolo interpretativo») di riconduzione bipolare [...]»¹⁶.

Quanto alle conseguenze di sistema, le massime preoccupazioni le sollecita l'idea di una giurisdizione "orientata al caso". Paradigmatico è, qui, il pensiero di Gustavo Zagrebelsky, il quale ha scritto che il processo ermeneutico "trova la sua pace nel momento in cui si compongono *nel modo più soddisfacente possibile* le esigenze del caso e quelle del diritto"¹⁷; che l'interpretazione giudiziale è "*ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto*"¹⁸; che "nel conflitto tra il diritto e il caso, cioè le esigenze del caso, l'ordinamento sceglie queste ultime"¹⁹; che "le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono *invalidarla*"²⁰.

Già in altre occasioni²¹ ho cercato di chiarire la ragioni della mia assoluta contrarietà a simili posizioni, che sono teoriche e (cosa ancor più preoccupante) pratiche all'un tempo. Posizioni, appunto, a mio avviso molto pericolose, per quanto autorevolmente condivise. Non è forse

primario e ineliminabile della interpretazione, nel senso che il significato dell'enunciato-testo-documento giuridico si identifica (o finisce per identificarsi) con quel significato che rende possibile la soluzione del caso, che rende cioè la norma applicabile al caso" - e Id., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, ES, 2008, 36, ma anche - identicamente - 62, ove si legge che "il *punto di partenza* del processo interpretativo è il testo cui si ascrive il significato (la norma) [...] il *secondo momento* è la *domanda che il caso concreto* (il problema) rivolge all'interprete-giudice [...]".

16 G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, nuova ed., Bologna, Il Mulino, 1988, 41; analogamente, Id., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 175.

17 G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 41: corsivo mio.

18 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 179: corsivo nell'orig. (è qui ripresa la nota posizione di Mengoni).

19 G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, 184.

20 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 183: corsivo mio.

21 Da ultimo, nei miei *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, 67 sgg.; *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, ivi, n. 4/2020, 37 sgg.

inquietante leggere che “giusta è [...] la decisione [...] soprattutto perché *adeguata* alla natura del fatto”²²; che al giudice spetta identificare “la normativa *più adeguata* e maggiormente compatibile agli interessi ed ai valori in gioco”²³; che il diritto deve soddisfare l’esigenza che “la soluzione del conflitto avvenga *in modo equo e giusto*, cioè ragionevole”²⁴; che occorre sempre reperire “la soluzione maggiormente adeguata alle ragioni del caso”²⁵? Non so quanti (subendo l’egemonia dell’indirizzo qui criticato) avvertano la medesima inquietudine, ma davvero non so come sia possibile non provarla, specie quando si parta da posizioni –quali sono quelle degli Autori ora ricordate– democratiche e *liberal*. Vediamo perché

1606

Il vanto maggiore del giuspositivismo è la separazione fra diritto e morale. Se i due piani sono confusi e indebitamente sovrapposti il diritto (intendo, ovviamente: il diritto positivo) si espone costantemente a una contestazione radicata nei convincimenti morali di chi non lo condivide, con la duplice conseguenza sia d’indebolire il vincolo d’obbedienza che lega i consociati nel nome di una comune norma giuridica, sia di consentire agli stessi organi pubblici chiamati all’applicazione del diritto di aggirarne il contenuto precettivo per soddisfare le esigenze morali dei loro titolari. Questa conseguenza è stata positivamente valutata da alcuni dei giuristi che avevano dolorosamente subito l’esperienza della barbarie nazionalsocialista: paradigmatico il caso di Radbruch, il quale, pur essendo stato un giurista rigorosamente positivista, dopo la fine della seconda guerra mondiale, sconvolto dalle aberrazioni della Germania hitleriana, giunse a negare al diritto nazionalsocialista la qualificazione di diritto e a teorizzare, più ampiamente, che nessun diritto (positivo) è diritto se è contrario ai principi di giustizia²⁶. Una sorta di art. 16 della Dichiarazione

22 E. PARESCHE, *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 213: corsivo mio.

23 P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, ESI, 2006, 581: corsivo mio.

24 F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 99: corsivo nell’orig.

25 A. RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema dei sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 18.

26 G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, 105 sgg.

zione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino elevato all'ennesima potenza, in cui il grido "*n'a point de Constitution*" diventa addirittura "*n'a point de droit*".

Orbene, il problema di posizioni così moralmente impegnate sta nella possibilità che i loro avversari, orientati da costellazioni assiologiche divergenti, si valgano dei medesimi argomenti per affermare la piena giuridicità del "loro" diritto e la non-giuridicità del diritto altrui. Esattamente i medesimi argomenti, insisto, cioè argomenti che, in ragione dell'inevitabile politeismo dei valori, non sono né dimostrabili né confutabili. Questa possibilità, invero, s'è dimostrata realtà: prima con una pratica giurisdizionale che durante il nazismo era fondata proprio sull'esaltazione della prevalenza della morale sul diritto e sull'esigenza della giustizia del caso singolo²⁷; poi, come ha dimostrato Hart, con l'implicito richiamo alla commistione fra diritto e morale (patrocinata da Radbruch) da parte dei tribunali tedeschi dell'immediato secondo dopoguerra, che è servita loro a commettere ogni genere di abuso (anche nel giudicare i crimini dei nazisti)²⁸.

1607

Gli itinerari qui criticati, come si vede, sono non solo discutibili teoreticamente (non posso qui ripetere considerazioni già svolte altrove sull'idea che il testo normativo sia curiosamente "muto", mentre il caso miracolosamente ci "parlerebbe" indicandoci la via da seguire), ma anche assai pericolosi: per una singolare eterogenesi dei fini, proprio coloro che maggiormente avvertono l'orrore dei totalitarismi finiscono per abbracciare dottrine della giurisdizione che paradossalmente coincidono con quelle che ai totalitarismi piacciono²⁹. Come dimenticare che Carl Schmitt, al Convegno dei giuristi tedeschi del 3 ottobre 1933, aveva

27 Anzi, v'è chi - paradossalmente - ha rimproverato ai giudici dell'epoca di non aver approfittato dei margini ch'esse offrivano per rovesciarne la logica, applicandole con umanità: I. STAFF, *Justiz im Dritten Reich: eine Dokumentation*, Fischer, Frankfurt am Main, 1964, 9, 59.

28 H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* (1958), spec. 618 sgg.

29 Rilievi assai pertinenti in B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr, Tübingen, 2014-2016, trad. it. di G. Stella, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Mucchi,

contrapposto un “diritto pieno di sostanza, non separato dalla moralità e dalla giustizia” (quello nazionalsocialista) alla “vuota legislatività di un’irreale neutralità” (quella dei regimi liberali)³⁰? Come dimenticare che il “diritto pieno di sostanza” doveva prevalere sulla “vuota legislatività”, dando al caso da giudicare la soluzione che “meritava”?

Ribadisco: nell’età del weberiano politeismo dei valori l’idea della “giustizia” del caso singolo espone ai rischi del soggettivismo e nega la sostanza della “giurisdizione”, che non può e non deve essere lo strumento dell’affermazione dei convincenti morali di chi giudica.

Ecco, allora, in cosa consiste l’*indipendenza interiore*: nel rifiuto da parte del giudice del condizionamento derivante dai suoi stessi *personali* convincenti morali. Il Maestro di Roberto, Alessandro Pizzorusso, sebbene prendesse le mosse da premesse teoriche (sull’interpretazione e sul rapporto fra giurisdizione e normazione) molto diverse da quelle in cui mi riconosco, scrisse che “la garanzia dell’indipendenza-imparzialità [...] non può non riguardare altro che il giudice-persona fisica, poiché è soltanto con riferimento agli atteggiamenti psicologici di lui che può valutarsi se l’imparzialità sussista o non sussista”³¹. Sono d’accordo. Si tratta proprio di “atteggiamenti psicologici” e anche –aggiungo– di autointerpretazione della propria figura professionale. E l’indipendenza da se stessi, nella misura in cui è logicamente possibile, è la prima e –a mio avviso– più alta garanzia di quella terzietà del giudice che lo Stato costituzionale di diritto ha ereditato dallo Stato di diritto quale lascito prezioso e irrinunciabile.

Modena, 2018, 49. Prima ancora Id., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr, Tübingen, 1968.

30 “Er [cioè Adolf Hitler, il cui discorso Schmitt andava commentando] zeigte den Gegensatz eines substanzhaften, von Sittlichkeit und Gerechtigkeit nicht abgetrennten Rechts zu der leeren Gesetzlichkeit einer unwahren Neutralität und entwickelte die inneren Widersprüche des Weimarer Systems, das sich in dieser neutralen Legalität selbst zerstörte und seinen eigenen Feinden auslieferte”: C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, 946.

31 A. PIZZORUSSO, *Sul significato dell’espressione “giudice” nell’art. 25, comma 1, della Costituzione*, ora in Id., *L’ordinamento giudiziario*, Napoli, ES, 2019, vol. II, 596.

4. In parziale dissenso

Chi conosce il pensiero di Roberto Romboli ha già inteso che fra le cose che sono venute dicendo sin qui e il pensiero dell'amico che oggi onoriamo non c'è sempre piena coincidenza. L'accordo è pieno quanto all'importanza dell'indipendenza del giudice (e del magistrato in generale, ovviamente, ma qui mi occupo –come ho già detto– essenzialmente del primo) per il buon funzionamento delle garanzie costituzionali dei diritti e per il corretto rapporto fra i vari poteri dello Stato. Viene meno, però, quando passiamo alla questione di quella che ho chiamato *indipendenza interiore*.

Sull'indipendenza come principio fondamentale non penso ci siano dubbi. Né sul fatto che la garanzia della terzietà, autonomia e indipendenza del giudice³² sia funzionale al pieno godimento dei diritti costituzionali: "l'indipendenza", è stato correttamente rilevato, "non è un privilegio più o meno corporativo, in quanto è strumentale rispetto all'eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia e alla tutela dei diritti"³³. E tale è l'importanza del principio di indipendenza che la stessa responsabilità dei magistrati s'atteggia in modo diverso da quella degli altri funzionari pubblici, disciplinata in via generale dall'art. 28 Cost. Se è vero, infatti, che è ben possibile la *"conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme"*³⁴, non è meno vero che "un giudice troppo preoccupato delle

1609

32 Molti AA. sostengono che l'art. 104 Cost. parlerebbe di autonomia e di indipendenza come dei termini di un'endiadi. Altri (F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, in *La magistratura*, t. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1986, 7) sostengono che fra la prima e la seconda ci sarebbe un rapporto di strumentalità. Quale che sia la posizione che si prende su questo specifico problema, non mi sembra dubbio il legame di funzionalità che lega le garanzie della magistratura alle garanzie dei diritti costituzionali dei cittadini.

33 M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in AA. Vv., *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze, Passigli, 2016, 90.

34 Corte cost., sent. n. 385 del 1996. Analogamente, in dottrina, A. D'ALOJA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in AA. Vv., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace - S. Bartole - R. Romboli, Napoli, Jovene, 2010, 13.

conseguenze personali della sua decisione *non è un giudice indipendente*³⁵ e che la “sanzione civile” può “condizionare in modo inammissibile l’attività intellettuale del giudice”³⁶. Insomma: “la «indipendenza» della funzione giudiziaria non implica l’impunità”³⁷, ma la responsabilità deve essere contemperata con l’indipendenza³⁸, cioè con quella indipendenza specifica del magistrato (e in particolare del giudice) che “il Costituente ha voluto rafforzata rispetto a tutti gli altri pubblici dipendenti”³⁹ e che è essenziale per la stessa legittimazione della magistratura. Come lo stesso Romboli ha osservato, “la legittimazione dell’operato della magistratura [...] viene inevitabilmente intaccata e limitata da qualsiasi dubbio sulla autonomia, indipendenza ed imparzialità del giudizio”⁴⁰.

Emerge, qui, per altro profilo, quell’elemento dell’*indipendenza interiore* del quale ho parlato in precedenza e sul quale, stavolta, con Roberto Romboli v’è dissenso.

1610

Per Roberto la realtà dello *ius dicere*, che (specie dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana)⁴¹ è quella di un giudice non “meccanico applicatore della legge”⁴², consentirebbe di constatare la “esistenza, all’interno della magistratura, di un pluralismo ideologico [...] e della sua influenza sulle scelte operate dal giudice”⁴³, sì che non sarebbe nemmeno

35 G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 219 (corsivo nell’orig.).

36 N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1318. V. anche, sulla questione, F. BIONDI, *La responsabilità dei magistrati*, in N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5^a ed., Bologna, Zanichelli, 2019, 195.

37 A.M. SANDULLI, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Dir. soc.*, 1974, ora in *Scritti giuridici*, Vol. II, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1990, 508.

38 Anzi, con quella indipendenza specifica è rafforzata che costituisce il *proprium* della giurisdizione: G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 26.

39 G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistema penale*, 20 giugno 2020, 5.

40 R. ROMBOLI, *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia*, 20 maggio 2020, 1.

41 R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit., 16 sg.; ID., *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in AA. VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, Giuffrè, 43 sgg.

42 R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit., 130.

43 R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit., 131.

opportuno parlare di garanzie dell'imparzialità del giudice (nel senso –se bene intendo– dell'indifferenza all'universo dei suoi valori di riconoscimento), ma, al più, di garanzie della sua non sicura parzialità (di qui il principio del giudice naturale, inteso come competenza determinata non *ad hoc*, ma in base a criteri predefiniti dalla legge)⁴⁴. Per me le cose, come ho detto, stanno diversamente.

Sgombriamo, anzitutto, il campo da un possibile equivoco. L'associazionismo dei magistrati non è solo una realtà, ma è anche una realtà positiva. Come ha osservato di recente il Presidente della Repubblica in un *Intervento* commemorativo pronunciato al Palazzo del Quirinale il 18 giugno 2020⁴⁵, “la dialettica fra posizioni diverse, il cui valore è indiscutibile, come espressione di pluralismo culturale, rappresenta una ricchezza per le nostre istituzioni”. È lo stesso art. 18 Cost. a garantire *anche* l'associazionismo dei magistrati (così come –addirittura– quello dei militari, del resto)⁴⁶ e il pluralismo ideologico e culturale che l'ha alimentato merita di essere riconosciuto e tutelato⁴⁷, ferma restando la condanna d'ogni sua degenerazione correntizia⁴⁸. Il punto, però, non è questo.

1611

Osservavo prima che, fatalmente, chiunque sia chiamato a giudicare si accosta a quel compito col bagaglio delle proprie conoscenze, dei propri valori, della propria –dicevamo– precomprensione. Il giudice che la Costituzione vuole (terzo, indipendente, imparziale), però, deve essere in grado di guardare *in interiore homine* e di comprendere appieno quel bagaglio. Di comprenderlo e di non ergerlo a ostacolo di una decisione davvero imparziale, che ne prescinda. Nessuno, a me sembra, può farsi scudo dei propri *pre-giudizi* per giustificare i *giudizi* che dà e men che meno questo può essere consentito al giudice. Una volta di più, devo

⁴⁴ R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit., 131 sg.

⁴⁵ Può leggersi all'indirizzo web <https://www.quirinale.it/elementi/49518>.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 120 del 2018.

⁴⁷ Sulla vicenda dell'associazionismo dei magistrati, v. di recente, G. MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questione Giustizia*, 10 gennaio 2020, specie 7 sgg.

⁴⁸ V. ancora G. MELIS, *Le correnti nella magistratura*, cit., 16, che stigmatizza il passaggio dalle associazioni alle correnti, “via via trasformate in ambigue articolazioni di potere”.

ricordare il modello di giudice al quale, a me sembra, tutti coloro che *ius dicunt* dovrebbero ispirarsi. Si tratta di un Maestro come Lodovico Mortara.

Mortara, approdato alla presidenza della Corte di appello di Ancona dopo alcune delusioni accademiche (la mancata chiamata nella Facoltà in cui ho l'onore di insegnare) e non (le difficoltà dell'attività collegiale in Corte di cassazione), riconobbe, in una sentenza da lui redatta, il diritto di voto politico alle donne. Si trattava di un'autentica rivoluzione, visto che la decisione arrivava nei primi anni del Novecento in un'Italia ancora del tutto insensibile alla questione femminile (inutile dire che quella pronuncia sarà travolta in Cassazione)⁴⁹. Una rivoluzione che attirò subito l'interesse della stampa, incredula davanti all'azzardo di un giurista di quella fama e di quel prestigio. Ebbene: quando un giornalista de *Il Giornale d'Italia*, intervistandolo, gli chiese cosa mai gli fosse mai passato per la testa, riconoscendo alle donne (che avrebbero dovuto stare a casa a cucinare, rassettare e occuparsi dei figli) nientemeno che il diritto di partecipare al governo della *pólis*, confessò d'essere sulla questione (così il felice titolo dell'intervista) "personalmente contrario", ma "giuridicamente favorevole". Poiché lo Statuto parlava di "regnicoli", poiché il testo doveva essere rispettato e poiché "regnicoli" dovevano considerarsi (come li si considerava per altre fattispecie) tanto gli uomini quanto le donne, il voto a queste ultime non poteva non essere riconosciuto, per quanto esse fossero inadatte alla politica e per quanto la cosa non piacesse all'estensore della sentenza.

Ecco. Questo è il mio ideale di giudice. Certo, il modello è un gigante come Mortara, ma questo non significa che anche chi non è in grado di raggiungere le vette di raffinatezza giuridica ch'egli sapeva attingere non abbia la capacità di conquistare la propria indipendenza interiore. È, anzi, una prestazione che *dobbiamo* esigere dai giudici, senza cedere alla tentazione real-politica della giustificazione della parzialità ideologica in nome del pluralismo delle idee. Già in altra occasione avevo richiamato la

⁴⁹ Per la ricostruzione della vicenda, v. AA.Vv., *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, a cura di N. Sbanò, Bologna, Il Mulino, 2004).

discussione dei primi trent'anni del Novecento, nella quale si contrapponevano, come modelli idealtipici, la posizione di Julien Benda e quella di Paul Nizan (ma anche di Gramsci). La posizione, cioè, di chi stigmatizzava il tradimento, "au profit d'intérêts pratiques", di quei chierici "dont la fonction est de défendre les valeurs éternelles et désintéressées"⁵⁰, e quella di chi –invece– dei chierici deplorava l'ipocrisia, essendo ormai tempo "de renoncer à la vieille croyance au retranchement, à l'éloignement des philosophes s'endormant au milieu du calme plat de leurs contemplations"⁵¹. Ebbene: ribadisco che, se Nizan aveva ben compreso i condizionamenti culturali, sociali ed economici che gravano sugli intellettuali, se aveva svelato i rischi della loro compromissione col potere, Benda aveva messo in luce quella *obbligazione di verità* che è la principale di quella da cui un intellettuale è vincolato. Un'obbligazione di chiarimento delle premesse, di descrizione del percorso logico che conduce alle conclusioni, di affermazione di conclusioni sorrette da fonti accreditate di conoscenza e di prova. La medesima obbligazione cui, a più forte ragione, deve ritenersi assoggettato il giudice.

50 J. BENDA, *La trahison des clercs*, Paris, Grasset, 2003, *Préface* all'ed. 1946.

51 P. NIZAN, *Les chiens de garde*, Paris, Maspero, 1965 (1^a ed.: 1932), 23.

El diálogo judicial en Derechos Humanos

✍ HAIDEER MIRANDA BONILLA*

Premisa

Al admirado profesor Roberto Romboli. Tener el honor de participar en los escritos en honor a la trayectoria del *Professore*, me permite, no solo desarrollar un artículo sobre una de sus líneas de investigación en los últimos años, sino sobre todo resaltar como ha contribuido en mi crecimiento académico y continúa haciéndolo. Al *Professore* tuve el honor de conocerlo en el “Palazzo della Sapienza”, sede histórica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa cuando mi querido amigo Tommaso Giovannetti me lo presentó debido a mi interés en realizar el Doctorado en Justicia Constitucional y Derechos Humanos que coordinaba y que fundó su maestro Alessandro Pizzorusso. Desde ese momento conocí su calidez humana y trayectoria académica en el ámbito de la justicia constitucional que lo convierten en todo un referente en el constitucionalismo no solo italiano, sino europeo y latinoamericano. En este sentido homenaje, no puedo dejar pasar el extraordinario legado que ha dejado no solo con su extraordinaria producción científica, sino como fundador del *Gruppo di Pisa* que ha incentivado el estudio de la justicia constitucional en los jóvenes investigadores, como Décano de la Facultad de Derecho, Coordinador del Doctorado en Justicia Constitucional,

1615

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, y Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Università di Pisa, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

y más recientemente con la creación y coordinación del “Curso Alta Formación en Tutela Jurisdiccional de los Derechos” que desde el 2011 ha permitido a una gran cantidad de estudiantes, académicos y profesionales latinoamericanos acudir a la ciudad de Pisa en el mes de enero y profundizar en temas de justicia constitucional y derechos humanos en perspectiva comparada. Su legado es y será invaluable.

1. Introducción

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de derecho constitucional global habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional y de sentencias de otras Cortes o Tribunales Constitucionales (SLAUGHTER, 2003, p. 191).

1616

El progresivo aumento que viene reconocido al derecho extranjero y a la comparación jurídica por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino internacional y supranacional, pone en evidencia el así denominado diálogo judicial. En estricto *sensu*, el término diálogo judicial viene siendo utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a resoluciones provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y, por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia¹. Ello pone en evidencia la existencia de una cooperación entre órganos judiciales de diferentes niveles y regiones.

En el presente estudio, se analiza la noción del *judicial dialogue* en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales caracterizado por la existencia de un pluralismo jurídico o constitucionalismo multi-nivel, en particular, se estudiarán, los antecedentes históricos, su definición, factores que le dieron origen, diferentes tipologías y características más importantes que podemos identificar en el ámbito de los derechos

1 En el presente estudio se utilizarán los términos diálogo entre cortes, jurisprudencial, jurisdiccional o *judicial dialogue* como sinónimos.

humanos con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia constitucional y convencional más relevante en la materia.

2. El diálogo judicial en la tutela multinivel de los derechos fundamentales

La palabra diálogo viene del latín *dialōgus* que significa discurso racional o ciencia del discurso, hace referencia a (dos y logos), cuya interpretación suele referirse al discurso racional o el intercambio de palabras entre dos o más personas. El diálogo es la plática entre dos o más personas, que alterativamente manifiestan sus ideas². En el ámbito jurídico evidentemente esta temática hace referencia a la comunicación entre autoridades judiciales en las cuales existen diferentes instancias de protección, es decir, un constitucionalismo multinivel (ROMBOLI, 2016, p. 18). El diálogo judicial permite la creación de espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones y las distintas jurisprudencias en aspectos relacionados con la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

1617

En esta materia se debe distinguir entre el diálogo horizontal y el diálogo vertical. El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, o a nivel convencional entre la Corte IDH y sus homólogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. A este propósito, los ordenamientos demuestran una apertura en la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de Tribunales Internacionales como la Corte Constitucional Sudafricana y en sentido opuesto, casos de ordenamientos donde esta apertura es muy limitada, como la Corte Suprema de los Estados Unidos (GROPPI, 2011, p. 201).

Por su parte, el diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia, por ejemplo, la relación que existe entre las Cortes, Salas y

2 Diccionario de la Real Academia, término diálogo.

Tribunales Constitucionales y la Corte IDH en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección. Por su parte, en el ámbito de la tutela multinivel en Europa se analiza la relación de las jurisdicciones constitucionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a nivel supranacional con la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.).

En la temática en cuestión es muy útil la distinción entre influencia e interacción. La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una “cross fertilization”. De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo judicial (DE VERGOTTINI, 2010, p. 10). Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. En este sentido, el diálogo debe ser entendido como un proceso de interacción y relaciones recíprocas entre órganos judiciales, es decir, esencialmente es una comunicación entre intérpretes y entre diferentes interpretaciones, motivo por el cual el fundamento de las decisiones está en la motivación y en la capacidad de la misma de convencer a otros jueces y operadores jurídicos. Por lo tanto, lo que viene a tener valor es la *ratio decidendi* y no tanto la *ratio legis* (ROMBOLI, 2016, p. 10).

1618

El diálogo —y esto parece una exigencia lógica— solo es posible cuando hay un lenguaje compartido. Y ese lenguaje compartido tiene que ver tanto con una autocomprensión del juez, en tanto que participante en una empresa global y común, como en la existencia de esa comunidad en torno a determinados contenidos, que al fin y al cabo son los derechos humanos, comunidad que, para existir, debe ser el resultado de la superación de la distinción entre jueces que “dan” y jueces que se limitan a recibir (ANSUÁTEGUI, 2016, p. 13). En este sentido, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de los jueces en temas relacionados con los derechos humanos.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de las cortes de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996)

que dispone: “Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras”. Con base en ello, la Corte Constitucional Sudafricana ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán en donde ha desarrollado temáticas como la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia (LOLLINI, 2007, p. 453).

La Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero (GROPPI, 2011, p. 200). En lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el exjuez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional o supremo. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representatives y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos trataron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.

1619

Lo anterior evidencia cómo ciertos tribunales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y extranjero, y por lo tanto, a dialogar con otras jurisdicciones y, por el contrario, hay jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, la doctrina constitucional diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos (DE VERGOTTINI, 2010, p. 128).

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, el diálogo judicial adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la jurisprudencia. A los jueces constitucionales, convencionales y supranacionales les corresponde interpretar cartas constitucionales en sentido material conformadas por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos.

3. Factores que dieron origen al *judicial dialogue*

En el ámbito de los derechos fundamentales se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un diálogo judicial, cuyo surgimiento se debe a varios factores: 1) la globalización económica y jurídica; 2) la internacionalización de los derechos humanos; 3) la existencia de problemáticas comunes en el ámbito de los derechos humanos³.

1620

3.1. Globalización económica y jurídica

El advenimiento del fenómeno de la "globalización", que se manifiesta sobre todo como un fenómeno económico, pero que se extiende progresivamente a otras esferas de la actividad humana, ha supuesto un proceso de transformación gradual. (PIZZORUSSO, 2008, p. 14). La globalización jurídica presupone la existencia de un pluralismo jurídico en donde los Estados no son los únicos actores, sino que deben interactuar con organizaciones internacionales o supranacionales, ONG's e incluso con empresas y mercados transnacionales. A partir de la segunda mitad del siglo XX, con el desarrollo de la "globalización" económica y cultural, también surgieron formas de derechos "transnacionales", que dan lugar a sistemas legales legales no estatales, ni conectados (excepto en aspectos secundarios) a los sistemas legales estatales o internacionales, que forman áreas de derecho no imputables a una de las pirámides correspondientes a ordenamientos jurídicos de los Estados, u otros en todo

3 Esta temática fue ampliamente tratada por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

caso vinculados a ellos (PIZZORUSSO, 2008, p. 73). Ello conlleva una desterritorialización del derecho pues existe una pérdida de la vinculación necesaria y excluyente entre el derecho y la dimensión territorial.

La globalización afecta decisivamente un presupuesto teórico de los derechos tan importante como es la teoría del poder. Afecta a todos y cada uno de sus elementos estructurales: al sujeto, al objeto siendo especialmente importante, sin embargo, su repercusión sobre el sistema de garantías. En definitiva, se han producido unas transformaciones tan profundas en los presupuestos sociales de los derechos humanos que afectan incluso de forma general al mismo concepto del derecho (LIMA, 2000, p. 44).

La construcción de relaciones entre las naciones y la interacción sin fronteras de los distintos actores en el ámbito nacional e internacional, han dado como resultado que los factores sociales y culturales de carácter local traspasen cualquier línea divisoria e influencien no sólo los sistemas sociales y sus procesos, sino también los sistemas y ordenamientos jurídicos. Esto ha hecho que hoy en día no sea posible continuar pensando que en la labor de los operadores jurídicos lo único que importa son los factores que forman parte de los ámbitos estatales, pues la interacción a través de procesos globales ha provocado que agentes que se encuentran más allá de las fronteras estatales condicionen la forma en que la labor jurídica se lleva a cabo (BRITO, 2002, p. 4). En este sentido, la cooperación entre autoridades judiciales de diferentes niveles es fundamental en este nuevo orden jurídico global que ha surgido.

1621

3.2. Internacionalización de los derechos humanos

El fin de la II Guerra Mundial y con la finalidad de evitar las graves atrocidades que se cometieron condujo a la internacionalización de los derechos humanos, pues fueron creados mecanismos de tutela jurisdiccional de carácter universal y regional que tienen un carácter complementario y coadyuvante al que brindan los Estados, aunque estos siguen siendo los principales garantes de los derechos humanos. En el orden internacional fueron emitidos catálogos de derechos de «soft law», como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), así como la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948); y con mayor grado

de coercitividad, convenciones y tratados internacionales «hard law», como el Protocolo de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), entre otros muchos instrumentos de carácter universal emitidos a lo interno de las Naciones Unidas (ONU). Asimismo, fueron creados órganos encargados de recibir denuncias como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, el Consejo de Derechos Humanos y diferentes organismos internacionales como la Organización Mundial del Trabajo (OIT), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), entre otros.

1622

En el ámbito convencional, encontramos los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Fundamentales creados con la promulgación de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y, posteriormente, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), en los que se prevé la existencia de órganos jurisdiccionales para tutelar los derechos fundamentales contenidos en los diferentes parámetros convencionales cuando a nivel interno no se ha dado una protección efectiva de los derechos. A ello se complementa el ámbito de protección que han recibido los derechos fundamentales en el ámbito comunitario o supranacional. Lo anterior presupone que los Estados paulatinamente fueron transfiriendo competencias que anteriormente le eran exclusivas a instancias universales, convencionales y supranacionales, los que conlleva un replanteamiento del concepto de soberanía que impera actualmente.

3.3. La existencia de problemáticas comunes en los derechos humanos

En el constitucionalismo actual existe una serie de retos o problemáticas comunes en el ámbito de los derechos humanos en los que tienen una gran influencia los avances científicos y tecnológicos, así como los cambios sociales. En este sentido, se puede mencionar la tutela de temáticas relacionadas con el medio ambiente como el derecho al agua y el cambio climático, así como cuestiones relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, así como el surgimiento de nuevos

derechos ligados con las avances científicos y tecnológicos que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones nacionales y convencionales han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes (MIRANDA, 2016, p. 259).

La identificación de problemas comunes en relación con los derechos humanos ya implica, de alguna manera, la existencia de un discurso –aunque contenga exigencias mínimas– común y compartido respecto de su fundamentación. Y en la creación y articulación de estructuras jurídicas compartidas, sin duda, el juez desempeña un papel muy importante (ANSUÁTEGUI, 2016, p. 5).

La jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional, convencional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos, quienes pueden dar una solución idéntica, similar o diferente ante una misma problemática, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el “derecho comparado”. Al respecto, existe ya un patrimonio de contenidos fundamentales que se encuentran con notable solemnidad en las constituciones estatales hoy vigentes: por ejemplo, la igualdad y la no discriminación de los seres humanos, su dignidad y la prohibición de tratos degradantes, la protección de las minorías, los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales, la democracia y el derecho al autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales, etcétera, principios que actúan en el cuadro de los meta-principios de la racionalidad y la proporcionalidad de la ley. De la interpretación de estos principios, cuando la jurisprudencia se inspira en orientaciones comunes, puede progresivamente formarse un mínimo común denominador constitucional ultraestatal, “administrado” por jurisdicciones constitucionales locales, donde se puedan encontrar respuestas comunes a cuestiones con repercusiones generales. La construcción de este patrimonio de derecho constitucional común parece ser la tarea actual de la ciencia y la jurisprudencia constitucional (ZAGREBELSKY, 2008, p. 260).

Esta temática evidencia el surgimiento de “nuevos derechos”, lo cual consiste en el reconocimiento y tutela que se lleva a cabo en los ordenamientos de situaciones jurídicas subjetivas no codificadas en el derecho

positivo, en estrecho ligamen con las exigencias de responder a los nuevos “desafíos universales”; o sea, los nuevos grupos de interés que asumen de hecho relevancia marcan la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las propias transformaciones culturales (DAL CANTO, 2015, p. 488). En este sentido, se trata de derechos que han sido reconocidos jurisprudencialmente, es decir, de creación pretoria, o que han sido sólo recientemente positivizados en textos normativos (MIRANDA, 2017, p. 159).

La explosión de derechos, a pesar de algunos de sus aspectos muy positivos, ha surgido en paralelo con dos fenómenos altamente problemáticos, características del proceso de globalización económico-política: el debilitamiento del poder legislativo de los estados nacionales y la expansión el poder de los jueces, tanto dentro de los estados como internacionalmente (FERRARESE, 2000, p. 65). La existencia de esas problemáticas o retos en el ámbito de los derechos conlleva que las soluciones vengan principalmente de una autoridad judicial.

1624

El concepto de nuevo derecho aparece ciertamente sugestivo, evocando inmediatamente aquella característica típica de los derechos humanos de ser al centro de un progreso histórico evolutivo, sin una solución de continuidad, que lleva a una constante actualización y una continua redefinición de su catálogo y del contenido de cada uno de ellos (D’ALOIA, 2003, p. 6). Ello pone en evidencia que los catálogos de derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos son instrumentos “vivos y dinámicos”.

4. Tipologías

En el presente *apéndice* se analizarán los diferentes tipos de diálogo judicial en el ámbito de los derechos humanos que la doctrina ha individualizado.

4.1. Diálogo horizontal

El diálogo horizontal en el ámbito de la tutela multinivel de los derechos es aquel que se desarrolla entre órganos judiciales de un mismo nivel, no existiendo una relación de subordinación o jerarquía entre

ellos. La horizontabilidad conlleva a la voluntariedad. Este tipo de diálogo tiene como principal característica el ser discrecional, pues no existe ninguna obligación normativa que lo exija (ROMBOLI, 2016, p. 7). Así por ejemplo, es aquel que podría llevarse a cabo entre Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales. A este propósito se encuentran ordenamientos que demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de tribunales internacionales como el artículo 39 de la Corte Constitucional Sudafricana y, en sentido inverso, casos de ordenamientos donde esta apertura es limitada, como por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por otra parte, esa comunicación judicial se puede dar entre órganos de justicia constitucional de carácter «convencional» como por ejemplo, entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– y sus homólogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos, así como en el ámbito «supranacional», entre la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.) y la Corte Centroamericana de Justicia en el ámbito del Sistema de Integración Centroamericana (SICA).

1625

A diferencia de lo que sucede respecto de la jurisprudencia de los tribunales de ordenamientos –convencionales y supranacionales– que tienen alcance vinculante para los tribunales estatales, la jurisprudencia extranjera no es vinculante. Dejando de lado el fenómeno con seguridad presente de la influencia recíproca entre los ordenamientos y, en particular, entre las jurisprudencias de los respectivos tribunales vinculada al clima cultural en que los mismos están sumergidos, un tribunal estatal es, en principio, completamente autosuficiente respecto de cualquier otro Estado (DE VERTO GATTINI, 2010, p. 43). Ello conlleva a que el operador jurídico tenga un amplio margen de discrecionalidad en la utilización del método comparado y del derecho extranjero.

Las ideas constitucionales circulan también a través de las sentencias judiciales. Es evidente que muchas veces para conocer de manera adecuada un determinado ordenamiento, es necesario tomar en cuenta lo que ha sucedido más allá de las fronteras en que éste se aplica (PIZZORRUSO, 1998, p. 154). Ello se convierte en uno de los factores que evidencian la importancia que adquiere cada vez más el método

comparado. Así, por ejemplo se puede mencionar la gran difusión que ha tenido la amplia tipología de sentencias que ha desarrollado la Corte Constitucional Italiana en otras jurisdicciones constitucionales (ROMBOLI, 1996).

El diálogo horizontal evidencia, por un lado, la complejidad de un fenómeno que va ligado al impacto que ha tenido la globalización en el ámbito jurídico, y por otra parte la discrecionalidad que tiene el juez constitucional en la escogencia y la forma en que aplicará la jurisprudencia extranjera seleccionada, en particular, si la utilizará para reforzar un argumento que verdaderamente influirá en la *ratio decidendi*, así como influyen en esta temática «factores extra sistémicos» como el idioma, la cultura y la formación jurídica de los jueces, la tecnología y la existencia de bases de datos, en donde las sentencias se encuentran sistematizadas por temas, así como la realización de seminarios, conferencias y encuentros entre Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de gran utilidad para el intercambio de experiencias y jurisprudencia.

1626

En el ámbito horizontal, se puede mencionar cómo, a pesar de ese carácter discrecional, la Sala Constitucional de Costa Rica utiliza con cierta frecuencia, en particular modo, en aquellos casos con cierta complejidad, sentencias de otros órganos de justicia constitucional como el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés, la Corte Constitucional Colombiana, el Tribunal Constitucional del Perú, así como jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por otra parte, se constata el uso de sentencias de la Sala Constitucional por la Corte Constitucional Colombiana, lo que evidencia el surgimiento de un diálogo entre jueces constitucionales (MIRANDA, 2017, p. 284).

En esta temática, recientes estudios evidencian el diálogo que se acrecienta cada vez más entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya no tiene un carácter unidireccional, sino cada vez más bidireccional. En este sentido, la Corte de San José, desde sus primeros años de funciones, ha utilizado con bastante frecuencia

jurisprudencia de su homólogo el Tribunal Europeo DH y en sentido inverso, más recientemente se constata cómo este último ha utilizado jurisprudencia interamericana en materia de prohibición de tratos inhumanos y degradantes, desaparición forzada de personas y de otras violaciones graves de derechos humanos (GROPPI y LECIS, 2014, p. 221-227).

4.2. Diálogo vertical

El diálogo vertical en derechos humanos es aquel llevado a cabo entre jurisdicciones con diferente jerarquía, es decir, se presenta en la interacción entre cortes nacionales y jurisdicciones convencionales o supranacionales, pudiendo ser descendente «top down» o ascendente «bottom up». En este ámbito se estudia cómo las Cortes o Tribunales Constitucionales toman en consideración los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos convencionales de protección, como por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a nivel supranacional, la Corte de Justicia de la Unión Europea.

1627

En efecto, en el interior del ordenamiento de una organización supranacional, en el que están presentes, junto a los tribunales estatales, tribunales previstos por un tratado internacional, a los que se concede más o menos incisivas competencias de intervención, las relaciones entre jurisprudencias son necesarias y es inevitable aclarar los espacios recíprocos de intervención (DE VERGOTTINI, 2010, p. 41). En este sentido, la utilización del derecho extranjero conformado por los parámetros de convencionalidad o comunitariedad, ya no es una potestad discrecional para el juez nacional, pues esa omisión puede conllevar la responsabilidad internacional del Estado.

En Europa, la relación entre jurisdicciones se lleva a cabo en el ámbito de la tutela multivel de los derechos fundamentales. En primer lugar, se tiene la dimensión supranacional caracterizada por un ordenamiento *sui generis* como lo es la Unión Europea, en donde la integración entre juez nacional y juez comunitario encuentra un canal privilegiado de comunicación a través del reenvío prejudicial previsto en el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea (*ex* artículo 234 del Tratado C.E.E.).

En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces (GIOVANNETTI, 2010 p. 4). El procedimiento o la cuestión prejudicial facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E., y la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo judicial por excelencia (ROMBOLI, 2014).

4.3. Diálogo institucional

1628

Este tipo de diálogo es aquel que se encuentra regulado a nivel normativo y que se encuentra circunscrito a un determinado ordenamiento jurídico. En esta temática se puede hacer referencia a la “cuestión” o “reenvío prejudicial” previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (*ex* artículo 234 del Tratado C.E.E.). En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea –órgano jurisdiccional de la integración europea–, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces. Este procedimiento permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto. (ROMBOLI, 2014, p. 3-5.).

Por otra parte, en el ámbito convencional europeo es de gran importancia la entrada en vigor del Protocolo número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 2 de octubre del 2013, el cual crea un novedoso procedimiento, que permite a los tribunales nacionales supremos solicitar “opiniones consultivas” al Tribunal EDH cuando tengan dudas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, motivo por el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”. El ex Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Deam Spielmann*, lo caracterizó como

el “Protocolo del Diálogo”⁴, pues es un instrumento que desarrollará un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales en la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea según los principios de *subsidiaridad y complementariedad*. En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección, se debería crear un reenvío de convencionalidad, ampliando la legitimidad de los órganos que pueden plantear las opiniones consultivas a fin de que éstas pueden ser formuladas por las instancias de último grado, es decir, las Cortes de Casación o Supremas y por las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales, cuando en la resolución de un caso tengan dudas razonables sobre la interpretación de la Convención Americana o algún instrumento que integra el parámetro de convencionalidad. Ello, sin lugar a dudas, fortalecería el diálogo judicial en derechos humanos en la región.

4.4. Otros tipos

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales o viceversa. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera. Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel.

1629

5. Características

El diálogo judicial en derechos humanos que se desarrolla en los ámbitos constitucional, convencional y supranacional tiene una serie de características que se serán analizadas a continuación.

⁴ Discurso del juez Dean Spielmann, ex Presidente del Tribunal EDH en la 123 sesión del Comité de Ministros el 16 de mayo del 2013. El texto del discurso se puede consultar en el sitio web del Tribunal Europeo: www.echr.coe.int

5.1. Obligatorio o facultativo

En el ámbito de ese pluralismo jurídico, el diálogo judicial en derechos humanos puede ser obligatorio o facultativo, tal y como acabamos de ver. El diálogo vertical es aquel que se desarrolla entre órganos de una misma jerarquía y tiene un valor discrecional. Por su parte, el diálogo horizontal que se desarrolla entre actores judiciales de diferente jerarquía que forman parte de un sistema tiene un carácter obligatorio, pues no se pueden alejar cuestiones de derecho interno para incumplir con una obligación internacional.

5.2. Bi, tri o multidireccional

El diálogo judicial requiere la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Ello, por supuesto, puede extenderse a un ámbito tri o multidimensional. Es necesario que exista una reciprocidad en la interacción, es decir, que la jurisprudencia de una determinada Corte, Sala o Tribunal Constitucional sea utilizada por otra jurisdicción constitucional o supranacional y viceversa, pues, de no ser así, únicamente existiría una influencia unidireccional, es decir, un monólogo. No se mide en términos cuantitativos, es decir, que deba existir un número mínimo de sentencias citadas o que se trate sobre las mismas temáticas para que pueda ser acreditado, pues en relación a esto último, la *praxis* evidencia que la interacción, en la mayoría de los casos, se presenta sobre temáticas diferentes en derechos humanos.

En el diálogo horizontal entre jurisdicciones constitucionales en América Latina se puede poner el siguiente ejemplo. En primer plano, la Sala Constitucional de Costa Rica ha utilizado de forma voluntaria y discrecional sentencias de su homóloga, la Corte Constitucional Colombiana, para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna en relación a la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, la definición de acto discriminatorio y el principio de principio de democracia participativa, las cuales, en la mayoría de los casos, tuvieron incidencia en el proceso decisional al que se llegó

y enriquecieron la motivación de las resoluciones. En segundo plano, se evidencia el fenómeno inverso, es decir, cómo la Corte Constitucional Colombiana ha utilizado la jurisprudencia de la Sala Constitucional que reconoció el derecho al agua como derecho humano (MIRANDA, 2017, p. 283). Ello evidencia el carácter bidireccional que permite establecer la existencia de un diálogo judicial entre ambas jurisdicciones que, sin lugar a dudas, se acrecentará en el futuro.

5.3. Interacción o cross fertilization

Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de una interacción, parece sensato recurrir al tema del diálogo. En este sentido, se presentan una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación y, por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos (DE VERGOTTINI, 2010, p. 128).

1631

5.4. Explícito o implícito

El diálogo puede ser explícito cuando se cita expresamente en la motivación de la resolución la sentencia extranjera. Por el contrario, es implícito cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción, pero no se cita expresamente la sentencia extranjera. Lo anterior, presenta la dificultad de individualizar la proveniencia de la referencia.

5.5. Existencia de conflictos y desacuerdos

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales e internacionales un círculo de cooperación o influencia recíproca que se mueve en una lógica compleja, pues no está ajena a desacuerdos y conflictos. Los enfrentamientos judiciales

siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico caracterizado por un *constitucionalismo multinivel* de normas y garantías en la protección de los derechos fundamentales (MIRANDA, 2016, p. 308). Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora compartan la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener discrepancias interpretativas (MARTINICO, 2016, p. 41).

1632

En este sentido, la relación entre los diferentes ordenamientos en un escenario multinivel no está ajena a tensiones y conflictos; lo importante es que esas diferencias nunca se transformen en una “guerra entre cortes” (CAMPANELLI, 2005). En sentido amplio, la noción de diálogo judicial puede conducir tanto al acuerdo como a la oposición. Al respecto, es muy útil en el ámbito del *judicial dialogue* la clasificación entre “desobediencia funcional” y “desobediencia “negativa”. El concepto de desobediencia funcional fue desarrollado por los estudiosos de la teoría de la organización y gerencia empresarial. Queriendo partir de una definición, se podría decir que la desobediencia funcional “Es una respuesta a instrucciones explícitas o implícitas de arriba que se interpreta que requieren que uno se involucre en alguna práctica desagradable” (MARTINICO, 2015, p. 306). Como se puede notar se trata de una desobediencia “calificada”, o bien, debida a razones particulares, y no, entonces, a un fin en sí mismo. Aplicándola a nuestro contexto se podría decir que un juez nacional es protagonista de un acto de desobediencia funcional cuando decide no seguir (“declines to follow”) la solución derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, desobedeciendo, en efecto, sobre la base de una serie de argumentos tendientes a inducir a la Corte EDH a una interpretación diferente de aquella precedentemente establecida (porque es poco respetuosa del margen de apreciación nacional, o porque se fundamenta en una errónea reconstrucción del “consenso”). Actos de desobediencia funcional dan origen de desacuerdos interpretativos (conflictos) que se caracterizan por los siguientes elementos, apertura, distinción entre interpretación y argumentación, funcionalidad y diálogo (MARTINICO, 2015, p. 306).

En relación a los desacuerdos entre la justicia convencional y constitucional es muy útil la clasificación realizada por *López Guerra* –exjuez del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– quien considera que existen: a) Crítica expresa. Una versión de diálogo entre tribunales es aquella que se produce cuando, aceptando y aplicando al caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formular reservas o críticas expresas respecto de su contenido; b) Niveles distintos de protección. Cuando el nivel de protección de los derechos fundamentales establecido en la normativa nacional es superior al reconocido por el Convenio EDH, de acuerdo con la interpretación de éste por parte del Tribunal de Estrasburgo; c) Crítica implícita a la jurisprudencia del Tribunal EDH al revisar sentencias de tribunales nacionales, destacando sus efectos perversos (LÓPEZ, 2013, p. 139).

Por su parte, la “desobediencia negativa” es aquella que se presenta cuando una jurisdicción nacional no sigue los criterios interpretativos de una jurisdicción convencional o supranacional de la cual su país forma parte (MARTINICO, 2015, p. 314). En América Latina se podrían mencionar los casos de la Corte Suprema de Brasil y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Además, más recientemente la sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

1633

6. El reconocimiento de nuevos derechos a través del diálogo judicial

La expresión nuevos derechos es de uso reciente y denota más allá de una taxonomía rigurosa, los derechos individuales y colectivos que durante las últimas décadas del siglo XX fueron social y políticamente reivindicados y que obtuvieron, en diferentes formas, el reconocimiento público (ZOLO, 2009).

Sin embargo, la feliz expresión “nuevos derechos” no debe tomarse al pie de la letra y pensar en el fenómeno para el cual el mismo, no previsto por el texto constitucional, son “creados” más o menos ex novo por la jurisprudencia constitucional o jueces comunes. La naturaleza rígida de la Constitución requeriría de hecho el procedimiento para tal operación de

la revisión constitucional, por tanto con la expresión antes mencionada debemos comprender mejor la posibilidad que la noción de También se pueden concretar "derechos inviolables" o derechos fundamentales que obviamente a través de la intervención del legislador ordinario, también por parte de la jurisprudencia, aunque con diferentes modalidades y límites, siendo su legitimidad para crear el derecho es claramente diferente. (ROMBOLI, 2015, p. 15).

1634

La idea de los nuevos derechos supone la historicidad en su afirmación y reconocimiento, así como que se trata de derechos que han sido positivizados en textos normativos sólo recientemente o que su reconocimiento se ha dado vía jurisprudencial, motivo por el cual es necesario el estudio de la *praxis* jurisprudencial para determinar cuáles derechos han sido reconocidos. Es claro que factores como los avances científicos, tecnológicos y los cambios sociales han influido en el reconocimiento de estos *nuovi diritti*. Ello pone en evidencia la Constitución como “instrumento vivo y dinámico”, pues no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. Esta temática, además, plantea que límites tienen los jueces—constitucional y convencional— en su actividad interpretativa, pues en mi criterio, el reconocimiento de nuevos derechos no puede ser ilimitado o irrestricto, sino debe derivarse de un principio, valor o derecho reconocido en el texto constitucional o en un instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de una debida fundamentación o motivación de la resolución judicial.

La Sala Constitucional de Costa Rica en la sentencia número 2018-19511 afirmó: “*la Constitución es un texto vivo, cuyas previsiones imbuyen de sentido el resto de la normativa infra constitucional*”. En este sentido, en su jurisprudencia se individualizan una serie nuevos derechos que han sido reconocidos a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en los parámetros constitucional y convencional, teniendo un rol fundamental el derecho comparado y el diálogo judicial tanto vertical como horizontal (MIRANDA, 2017, p. 151).

7. Conclusiones

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales caracterizado por la existencia de un pluralismo jurídico, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales, convencionales y supranacionales, un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como en la práctica.

El diálogo judicial es, en efecto, una comunicación entre intérpretes y entre diferentes interpretaciones, lo que evidencia la importancia de la argumentación jurídica, por lo cual el fundamento de lo que se decida está en la motivación y en la capacidad de la misma de convencer a otros jueces y operadores (ROMBOLI, 2017, p. 10). Ello requiere la existencia como mínimo de dos actores que interactúen y, por supuesto, puede extenderse a un ámbito tri o multidimensional. Es necesario que exista una reciprocidad en la interacción, es decir, que la jurisprudencia de una determinada Corte, Sala o Tribunal Constitucional sea utilizada por otra jurisdicción constitucional o supranacional y viceversa, pues, de no ser así, únicamente existiría una influencia unidireccional, es decir, un monólogo. No se mide en términos cuantitativos, es decir, no es necesario un número mínimo de sentencias citadas o que se trate sobre las mismas temáticas, pues en relación a esto último, la praxis evidencia que la interacción en la mayoría de los casos se presenta sobre temáticas diferentes en derechos humanos. Por otra parte, es un diálogo que no está ajeno a los conflictos entre órganos judiciales, lo importante es que no se llegue a una “guerra entre cortes” como ha acontecido recientemente a nivel interamericano con Venezuela y Trinidad y Tobago, quienes denunciaron la competencia contenciosa de la Corte IDH.

El surgimiento y éxito de este fenómeno jurídico se debe a varios factores: 1) la globalización económica y jurídica; 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados; 3) la existencia de problemáticas comunes en el ámbito de los derechos humanos. Por otra parte, existen diferentes tipos de diálogo –horizontal y

vertical— que con sus diferentes características evidencian la importancia que adquiere cada vez más la comparación jurídica en la actividad de los Tribunales Constitucionales y de la Corte IDH, motivo por el cual se les puede caracterizar como “giudici comparatisti” (MIRANDA y ULATE, 2020) pues tienen una apertura a la utilización del derecho comparado.

El diálogo judicial en derechos humanos ha permitido el reconocimiento de una serie de nuevos derechos vía pretoria o jurisprudencial que no se encuentran expresamente tutelados en el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad. Asimismo, la temática en cuestión contribuye a la creación de un lenguaje común y, a través del flujo de información, favorece la articulación de una “comunidad epistémica”, en la que podría ser posible hablar de una cultura —al menos judicial— compartida de los derechos en el marco de una comunidad jurídica transnacional.

1636

Por último, en el espacio convencional europeo es de gran interés la reciente entrada en vigor del Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual crea un novedoso procedimiento, que permite a las “altas jurisdicciones nacionales” solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos, motivo por el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, pues pretende reforzar a través de un instrumento normativo institucional el diálogo judicial entre la jurisdicción convencional con los tribunales nacionales.



Bibliografía

1. ANSUÁTEGUI F. J. (2016). Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho. En *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, año VII, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste.
2. BRITO R. (2002). El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo. En *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, número 2.
3. CAMPANELLI G. (2005). *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*. Turín, Giappichelli.

4. DAL CANTO F. (2015). I nuovi diritti. En Romboli R., Labanca Correa M. (Coord.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdiccional dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Ed. Arraes.
5. DE VERGOTTINI G. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino.
6. FERRARESE M. R. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna, Il Mulino.
7. GIOVANNETTI T. (2010). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia, en Passaglia P. *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana*.
8. GROPPI T. (2011). Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali. En *Rivista Quaderni Costituzionali*, número 11, Il Mulino, Bologna.
9. GROPPI T. y Lecis A. M., (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?. En *Revista de Derecho Política*, número 91, Uned, Madrid.
10. LIMA TORRADO J. (2000). Globalización y derechos humanos. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 17, Ministerio de Justicia, España.
11. LOLLINI A. (2007). La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Turín, Giappichelli.
12. LÓPEZ L. (2013). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. *Coincidencias y Divergencias*. En *Teoría y Realidad Constitucional* número 32, Uned, Madrid.
13. MARTINICO G. (2015). Corti Costituzionali (o Suprema) e “Disobbedienza funzionale”. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto della Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani). En *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, número 2.
14. MIRANDA H. (2016). *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17, Bogotá, Nueva Jurídica.
15. MIRANDA H. (2017). Los nuevos derechos en el constitucionalismo latinoamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 27. Porrúa, Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México.
16. MIRANDA H. (2017). La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional. En *Revista Judicial*, número 120, San José, Corte Suprema de Justicia.

17. MIRANDA H. y ULATE E. (2020). El juez constitucional como comparatista. En *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, número 2, Buenos Aires, IJ Editores.
18. SLAUGHTER A. M. (2003). Global Community of Courts. En *Harvard International Law Journal*.
19. PIZZORUSSO A. (1998). *Sistemi giuridici comparati*, 2da. edición, Milán, Giuffrè.
20. PIZZORUSSO A. (2008). *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Turín, Giappichelli.
21. ROMBOLI R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, número 48, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
22. ROMBOLI R. (2014). Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo. En *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, número 3.
23. ROMBOLI R. (2015). I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli. En *Forum di Quaderni costituzionali*, rassegna número 3.
24. ROMBOLI R. (2016). Prologo al libro de Miranda Haideer, *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*, Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17, Bogotá, Nueva Jurídica.
25. ROMBOLI R. (2019) Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po'). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della "doppia pregiudizialità" En *Revista Consulta Online*, num. 3.
26. ZAGREBELSKY G. (2008). El juez constitucional en el siglo XXI. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitución*, número 10, Madrid.
27. ZOLO D. (2009). Nuovi diritti e globalizzazione. Recuperado de <http://www.treccani.it>

Repensando el Poder Judicial

Un homenaje al profesor Romboli

✍️ GIORGIA PAVANI*

Premisa

Entre los tantos temas afrontados en profundidad por el profesor Romboli se encuentra el ordenamiento judicial, que, a lo largo de los años, ha sido declinado en perspectiva de derecho interno, europeo, internacional y comparado. Varios son los ensayos dedicados a la relación entre magistratura y democracia, al papel del juez en los ordenamientos democráticos, a la organización del poder judicial. No se puede olvidar su conocido libro *Il giudice naturale*, traducido al español y publicado en Perú en 2005 con el título “el juez preconstituido por ley”, en el cual el profesor Romboli «ricostruisce il significato ed il valore del divieto di distogliere il cittadino dal giudice naturale nel nostro ordinamento costituzionale [...]» (ROMBOLI, 1981, Introduzione).

1639

Exactamente el tema del “juez natural” (en sentido amplio), se ha convertido en el eje del debate sobre las formas de jurisdicción alternativas y sobre la evolución del significado del *jus dicere* en un mundo globalizado¹. He profundizado este tema en unos ensayos, en perspectiva comparada. En particular, el capítulo titulado “El poder judicial” que aparece en el segundo tomo del manual de Derecho constitucional comparado coordinado por Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, publicado en

* Profesora Titular de Derecho Público Comparado de la Università di Bologna. Contacto: giorgia.pavani@unibo.it

1 Este es el título del Congreso de la Associazione Italiana di Diritto Comparato del año 2017.

Italia y en Argentina, reproduce las principales reflexiones sobre estos temas (PEGORARO-RINELLA, 2017).

Para homenajear al profesor Romboli voy a proponer unas síntesis de los ensayos dedicados prevalentemente al método que se podría utilizar para estudiar el poder judicial en la actualidad y dar voz a nuevos sujetos que pretenden justicia (PAVANI, 2017, 501-541).

El resultado de una investigación realizada sobre un número relevante de manuales de derecho constitucional/público comparado y –limitadamente a unos Estados– de derecho constitucional interno publicados en los últimos años, confirma que, a diferencia de los demás capítulos sobre los poderes del Estado, el capítulo sobre el poder judicial, a menudo, no se encuentra en estos textos académicos (PAVANI, 2018). Como ha escrito Pizzorusso, con referencia al ordenamiento italiano, «tra le discipline aventi ad oggetto quell’ampio settore degli studi umanistici che comprende l’aspetto giuridico dei fenomeni sociali, l’“ordinamento giudiziario” si presenta fra le più trascurate» (PIZZORUSSO, 1976, 13).

1640

La ausencia del capítulo sobre el poder judicial es coherente con el declive de los estudios jurídicos (un alejamiento gradual, casi un abandono por parte de los juristas de algunos aspectos importantes de este tema) y el creciente interés por la administración de la justicia por parte de los politólogos. Éstos han considerado que este tema era relevante en el contexto de los fenómenos políticos y han analizado los procesos de toma de decisiones de los jueces, sus garantías de independencia (RUSSELL-O’BRIEN, 2001), la estructura de los tribunales (ABRAHAM, 1993), su papel y el impacto en los procesos de *policy making* (SHAPIRO, 1981). En sus investigaciones, los politólogos han superado la separación neta entre las esferas de “justicia” y “política”, asimilando la función judicial a la burocrática y tratando a los tribunales de la misma manera que cualquier otra entidad administrativa que no solamente ejecuta normas (GUARNIERI-PEDERZOLI, 2017)².

2 Ello es especialmente evidente en los países de Europa continental, donde el modelo organizativo en el que se inspiran las magistraturas es el típico de las burocracias públicas (DI FEDERICO, 1976).

La investigación confirma que son raros los casos de análisis comparativo y transversal del tema y, cuando el capítulo correspondiente sí se encuentra en la obra, este tema está analizado prevalentemente desde la perspectiva histórica y con referencia a los dos modelos de organización de la justicia (el modelo francés-europeo y el modelo anglosajón).

De hecho, dependiendo del enfoque del manual sobre los principales temas de derecho comparado (más o menos “eurocéntrico”) y del tipo de comparación adoptado (intra-cultural o inter-cultural), el tema del poder judicial puede limitarse al análisis del derecho constitucional de origen occidental y a la explicación de la imitación difusa en sus componentes formales; o, en cambio, puede observar el derecho constitucional desde una perspectiva diferente, sin disminuir, sin embargo, la importancia de la tradición occidental, enfatizándola en un sentido histórico.

En los (pocos) manuales contemporáneos de derecho constitucional/público comparado, el enfoque eurocéntrico e intra-cultural es dominante, por la proveniencia de la mayoría de los autores del área cultural del constitucionalismo liberal o su formación académica en esa área. Las implicaciones sobre el capítulo relativo al poder judicial, si las hay, son obvias: el tema se centra principalmente en la división clásica entre función judicial y función administrativa dentro de un concepto de orden, de derivación occidental, vinculado a la noción tradicional de “rule of law”, separación de poderes, actividad de control de los tribunales y se enfoca en la naturaleza vinculante de sus decisiones (ver § 3).

1641

Este enfoque también se nota en aquellos países en los que la transición del monismo jurídico al pluralismo jurídico tiene sus raíces en las Constituciones y la cultura del neo-constitucionalismo latinoamericano. En estos contextos, el mensaje no solo no está actualizado, sino es también engañoso, si la estructura de los manuales sigue reflejando una cultura jurídica dominante y hegemónica, y sigue representando al estado de derecho moderno de acuerdo con los principios fundamentales del derecho moderno eurocéntrico (unicidad de la nación, de la cultura, del derecho, del sistema educativo...). Si no se cuentan las voces del pluralismo, el mensaje cultural se quedará inalterado: «El primer campo de tensión y disputa se da entre el reconocimiento amplio de la justicia indígena y la

tradición jurídica eurocéntrica plasmada en la arquitectura de la justicia ordinaria o estatal, en la teoría jurídica, los planes de estudios y en la formación profesional de los juristas en las facultades de derecho, en síntesis, en la cultura jurídica dominante» (DE SOUSA SANTOS, 2012).

África también proporciona un escenario similar; la doctrina, que se ha formado fuera del continente africano debido a la falta de sedes universitarias antes de la independencia, redacta manuales globales, que no dan voz a las tradiciones jurídicas. Una “fórmula Starbucks del conocimiento jurídico” que sigue silenciando a las culturas locales (PAVANI, 2018, 927).

1642

Desde ese punto de vista puramente occidental, además del pluralismo jurídico, los manuales también omiten el fenómeno de la expansión del poder judicial que caracteriza la nueva estructura de los ordenamientos contemporáneos y que ha modificado el papel del juez. El juez, hoy —utilizando varias imágenes evocadas en la literatura— ya no se limita al papel de “perro guardián” (que puede morder: SHAPIRO, 1998, 7) y ya no desempeña la «posición de distribuidor automático de derecho» (WEBER, 1968, 191), sino busca afrontar la “sed de derechos” individuales y colectivos, alimentada por el constitucionalismo liberal, nacional y supranacional (FRIEDMAN, 1994), transformándose en alguien que soluciona conflictos que podrán/deberían encontrar su solución en el contexto político. En los manuales jurídicos, poco se habla tanto de aquel proceso denominado “juridicización de la política” (TATE-VALLINDER 1995), o “gobierno de jueces” (LAMBERT, 1921), que caracteriza la expansión del poder judicial, tal y como su progresiva fragmentación (en su vertiente interna y externa: § 5.1).

Un enfoque para un manual “inter-cultural” y menos “eurocéntrico”, basado en una comparación heterogénea y, por lo tanto, abierta, a nivel macro-comparativo, a formas de estado y ordenamientos diferentes, permite “mapear” la función judicial en áreas culturales profundamente diferentes y ofrecer unas perspectivas distintas del *jus dicere* en un mundo globalizado. Hacer hincapié en los sujetos que participan y solicitan formas diferentes de justicia, permite subrayar las fragilidades del formalismo occidental tanto en su lado interno (en la resolución de

las problemáticas que emergen en las sociedades pluralistas occidentales), como en su lado externo (en la difícil exportabilidad de los modelos de justicia creados para las sociedades occidentales en contextos diferentes, en los cuales se están recuperando las tradiciones autóctonas y se está definiendo jurídicamente la relación entre hombre y Naturaleza. Hacer hincapié en la función (“juzgar”) más que en la estructura, permite analizar distintas manifestaciones de la “función judicial”, sin que ellas estén necesariamente ubicadas dentro de una escala axiológica, ya que cada una de ellas tendrá su propio valor en el ordenamiento correspondiente. En este sentido, tienen la misma relevancia la descripción del funcionamiento de un tribunal estatal, de un “fuero indígena”, del mito de los “panchayat” en la India, el “chotei”, etc. (§ 5.2.1).

En esta visión, se replica en seguida una síntesis del capítulo sobre el poder judicial que aparece en el manual “Sistemas constitucionales comparados”, enfatizando los apartados que dan cuenta del acercamiento “inter-cultural” y menos “eurocéntrico”.

1643

1. *Iurisdictio*

Un análisis comparado de los sistemas judiciales es complejo en su vertiente sincrónica, y también diacrónica, pues en ambos casos la dificultad concierne la idea misma de justicia y su afirmación en perspectiva histórica.

1.1. *Iurisdictio* como parte del *imperium*

No hace falta buscarla en las primeras manifestaciones del pensamiento griego: no hay referencias a la *dikaiosisyne* (justicia-virtud), ni en Homero, ni en Hesíodo, quienes usaban otras palabras para describir y exaltar las virtudes de sus héroes. Ni siquiera entre los dioses del Olimpo existe justicia, pues ni Temis (consejera de Zeus) ni Dike (diosa de los juicios, hija de Temis y Zeus) se funden en un concepto parecido y mantienen ambas su identidad (DEL VECCHIO, 1951, 6 ss). Solo más tarde la justicia fue definida como la “reina de las virtudes”, pero desde el punto de vista organizativo se ha manifestado en formas y tiempos distintos: durante los periodos arcaico y clásico (700-300 a.C.), no existía un único sistema de justicia, pues las numerosas poleis se organizaban individualmente,

con su forma de gobierno y su forma de administrar la justicia (HARRIS, 2009, 401 ss.). Incluso en época romana, la organización de la justicia ha evolucionado y ha cambiado en el tiempo (LUZZATTO, 1970, 190) y, sin duda, el concepto actual de jurisdicción no corresponde al de *iurisdic-tio* romana ni al de la edad intermedia (del Derecho germánico al de la época precedente a Irnerio: SCHWARZENBERG, 1970, 1).

En general, la Historia del Derecho enseña que la administración de la justicia no le correspondía al Estado inicialmente. Los Tribunales no eran organizados por éste, ni las sentencias estaban conectadas a la coerción estatal; los primeros jueces actuaban como árbitros, sin autoridad, las partes podían no someterse al juicio y perseguir la venganza. Se supone que en tiempos primitivos la justicia fuese administrada sin Tribunales: «los criminales eran linchados, los ladrones cogidos en flagrante ahorcados tras un juicio sumario, las contiendas familiares servían para componer las disputas»: VAN CAENEGEM, 1987). Se recuerdan como testimonios de esta etapa los dibujos del escudo de Aquiles, las sagas islandesas, y considerados como ejemplos el periodo pre-carolingio y el procedimiento judicial de las Doce Tablas, cuando existen ya penas pecuniarias fijas, pero la víctima no tiene el deber de aceptarlas.

1644

Incluso la participación directa del pueblo en la justicia –aunque en una forma limitada, como ocurrió en Grecia y la antigua Alemania– fue eliminada progresivamente en favor de un mayor papel del juez profesional. El profesionalismo, desconocido hasta el siglo XII, se convierte en una característica de la Europa continental (ARMGARDT, 2009, 404 s.). Juzgar se transforma en la actividad principal de una categoría de profesionales del Derecho, a diferencia de Inglaterra, donde, incluso hoy, un pequeño conjunto de jueces muy cualificados (y bien pagados) se sitúa en la cumbre de la organización judicial, pero existe todavía un alto número de jueces no profesionales sin una formación específica³.

3 «Mientras que los tres tribunales de *common law* podían seguir adelante con doce jueces, el *Parlement* de París tenía cincuenta y uno hacia 1297, y 240 en el siglo XVIII. Mientras, habían sido creados doce nuevos *Parlements*, y el número total de miembros de estos trece tribunales de apelación había aumentado hasta más de 1200. En 1900 había en Francia

1.2. *Iurisdictio* más allá del *imperium*: el Poder Judicial como corolario del principio de separación de poderes

Con el tiempo se refinan los procedimientos y los fallos no solo conocen las disputas, sino las deciden. Si, desde la época romana hasta el absolutismo monárquico, la *iurisdictio* era parte del *imperium*, solo con el nacimiento del Estado en el sentido moderno se establece el concepto actual de jurisdicción y su relación con el Estado mismo, y solo con la propagación del constitucionalismo esta misma adquiere autonomía e independencia (principios, estos, consagrados en las Constituciones).

En Europa, hay dos países que –a pesar de haber tomado caminos diferentes– han conseguido alcanzar la independencia del poder judicial: Inglaterra y Francia.

En el mismo país en que la concentración de la jurisdicción en la autoridad real era mayor (Inglaterra), se reafirmó el principio de la independencia de los jueces; la elaboración jurisprudencial, producto de la razón, produce un Derecho que se oponía a las costumbres locales y se alejaba de la autoridad del Soberano. El Rey ya no goza, indistintamente y de modo absoluto, de *Gubernaculum* e *Iurisdictio*, de acuerdo con la teoría de Henry de Bracton; en la *Iurisdictio*, el Rey encontró los límites de la *Lex terrae*, como había afirmado Sir Edward Coke, *Chief justice* de la *Court of Commons Pleas* ante Jaime I. Según Coke, las causas tenían que ser decididas por los Tribunales; y el Rey, personalmente, no tenía ninguna jurisdicción. Estas creencias llevaron a la remoción de su cargo pero inspiraron la *Glorious Revolution* y las posteriores Cartas que superaron el absolutismo real: el *Bill of Rights* de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701, que afirmaron la supremacía de la ley sobre cualquier poder administrativo y la independencia de los jueces. En 1690, John Locke teorizó el principio de separación de poderes y afirmó la necesidad de confiar la función jurisdiccional a jueces independientes, pero no identificó al poder judicial como un poder autónomo (LOCKE, 1689).

1645

entre 5000 y 6000 jueces; en Inglaterra (Tribunal Supremo, Tribunal de Apelación y Lores) cuarenta» (VAN CAENEGEM, cit., 116).

La experiencia inglesa permitió a Montesquieu consolidar el principio de separación de poderes con el reconocimiento del poder judicial como un poder independiente, separado del legislativo y del ejecutivo (MONTESQUIEU, 1748, Libro XI, cap. VI).

En Francia, la manera de administrar justicia en el período pre-revolucionario era diferente de la inglesa. El Rey, a pesar de que fuera el referente, no tenía el monopolio en el ejercicio de una jurisdicción que, sin embargo, fue confiada a diversos sujetos, entre los que destacaban los *Parlements*, colegios judiciales nombrados por el Rey. Estos Tribunales, con el transcurso del tiempo, se hicieron cada vez más autónomos y llegaron a ejercer poderes casi normativos y de control en relación con los actos normativos adoptados por el Soberano (derecho de ratificación). A pesar de su empeño en la limitación del poder soberano, los Parlamentos fueron uno de los símbolos del absolutismo a abatir durante la Revolución francesa.

1646

Aunque los jueces representasen el pasado a eliminar, no fueron los verdaderos protagonistas de la renovación, sino la justicia en sí misma y la posibilidad de que la población accediera a ella de nuevas formas. Los privilegios de los cargos judiciales fueron abolidos en favor de la implantación de la gratuidad de la justicia; la designación real fue sustituida por la electiva (en las primeras Constituciones revolucionarias de 1791, 1793 y 1795); sus acciones debilitadas por instrumentos como el *référé législatif* (que obligaba al juez a pedir la interpretación auténtica al legislador cuando el texto era oscuro) y de organismos como el Tribunal de Casación (directamente controlado por el Gobierno).

Este *status* de los jueces se consolidó en la época napoleónica, con la aparición del positivismo jurídico y del código, y la creación de una organización burocrática, de carácter jerárquico-piramidal, cuyo vértice era el Tribunal supremo, que podía contar con jueces-funcionarios, enmarcados en varios niveles del aparato judicial-administrativo, sustancialmente dependientes del ejecutivo.

El modelo francés (basado en la idea de una carrera pública y en la figura de un juez inserto en un cuerpo especializado del aparato público)

circuló por Europa (Alemania, Italia, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca ...) y otros continentes (especialmente en América Latina). Las garantías de independencia se referían, por consiguiente, no tanto a la función (formalmente separada de los otros poderes, pero dominada por ellos), como al *wstatus* del juez, reconocido en los textos constitucionales (Bélgica en 1830, España en 1876, Portugal en 1820, Italia en 1848 ...), que disfrutaba sustancialmente de la inamovilidad, aunque se preveía muy poco sobre sus carreras y sobre el cargo del Ministerio Público, todas materias de competencia ministerial. Solo con las Constituciones que siguieron a la II Guerra Mundial, el poder judicial ha recibido un reconocimiento nominal (utilizando el término “poder” la Constitución de Grecia en 1975, la de España en 1978 y la Ley Fundamental alemana de 1949) y sustancial (los jueces solo están sometidos a la ley de acuerdo con la Constitución de Italia en 1948, España en 1978, Dinamarca en 1953, Portugal en 1976, Japón en 1949, Rusia en 1993, etc.). Viene consagrado el principio de independencia del poder judicial en su lado externo (frente a otros poderes, en especial, el ejecutivo), que, en cualquier parte tiene como corolario la reserva de ley absoluta en materia de organización judicial y, en algunos países, se ha concretado con el establecimiento de órganos de autogobierno del poder judicial, interno (jueces elegidos entre ellos mismos, gracias a la ausencia de subordinación jerárquica) y sustancial (en el Estado constitucional la ley pierde la primacía de las fuentes y el propio legislador ya no es el dominador absoluto del marco institucional; los jueces no son meros traductores de la voluntad del legislador, sino intérpretes de la disposición de la ley a la luz de los principios constitucionales).

1647

Incluso en países que han seguido el modelo británico, la independencia del poder judicial fue recibida en todas partes, especialmente en los EE.UU., donde –gracias a una Constitución escrita y al control judicial de constitucionalidad de las leyes– el poder judicial se ha colocado al mismo nivel que los poderes legislativo y ejecutivo (NAGEL, 2009, III, 406 ss.). La distancia existente entre los dos modelos se ha acortado a partir de: el uso del precedente, la participación de jueces no pertenecientes a la función judicial, el uso de instrumentos alternativos en su actuación, la tutela de posiciones subjetivas frente a la administración pública, etc.

Históricamente, la muy diferente manera de interpretar la división de poderes y la capacidad de juzgar las actividades de la administración pública han marcado una división entre el modelo monista y el modelo dualista (FERRARI, 1991, 567 ss.).

El primero –típico de los sistemas de corte anglosajón– proporciona(ba) un juez único cuyo control tiene carácter general y se refiere a cualquier tipo de controversia, incluso a aquellas en las que es parte la administración pública. El principio de supremacía de la ley –a la que son sometidos todos los organismos– no tiene excepciones para los poderes públicos, los cuales, si no operan en el respeto a la ley, son juzgados como el ciudadano de a pie. En los sistemas de *common law* la unidad de jurisdicción se vio favorecida por la doctrina, propensa a no distinguir entre Derecho público y Derecho privado. Esta doctrina ha sido en parte superada e incluso estos países han acabado recurriendo a jueces especiales.

1648

El segundo modelo –típico de la mayoría de los países que se inspiraron en Francia– prevé Tribunales especiales para juzgar los casos en los que es parte la administración pública. Históricamente, la separación de la jurisdicción ordinaria nació con una ley de 1790 que prohibía a los Tribunales ordinarios interferir en la actividad de la administración pública. Para permitirles recurrir contra los actos administrativos se instituyeron una serie de recursos, que luego evolucionaron en una jurisdicción especial que giraba en torno al Consejo de Estado, y que posteriormente se extendió a muchos países de Europa continental de manera similar. (Italia y Bélgica; España, Alemania y Austria; en los países escandinavos Dinamarca, Islandia y Noruega no se distinguía entre la justicia ordinaria y administrativa, mientras que en Suecia sí).

El menor prestigio del que, en principio, disfrutaba el juez-ejecutor francés respecto a su homólogo británico ha incidido sobre sus reglas como defensor de los derechos y libertades fundamentales, así como de controlador de los poderes públicos; reglas que, sin embargo, los Tribunales británicos han construido con el tiempo gracias a una serie de instrumentos que afectan a la actividad administrativa (*prerogative orders*). Hasta la fecha, los Tribunales administrativos han adquirido un *status* casi

idéntico al de los Tribunales ordinarios. Por otra parte, los Tribunales ordinarios de los países pertenecientes al modelo británico han visto reducir gradualmente el rango de acción para intervenir por parte de los llamados *quasi-judicial bodies*, entes con poderes cuasi-judiciales competentes para los conflictos en la relación entre la administración pública y privada (*Agencies, Administrative Tribunals*).

2. Perfiles teóricos: Poder Judicial y función judicial

La complejidad de las experiencias contemporáneas, junto con las enseñanzas que provienen del Derecho antiguo, han permitido entender la dificultad de definir lo que es la jurisdicción y el poder judicial (en el sentido que se les ha dado después del nacimiento del Estado moderno y, especialmente, allí donde se ha aceptado la teoría de la separación de poderes) y cuáles son sus características distintivas en comparación con otras dos funciones fundamentales del Estado: legislación y administración.

La organización de los poderes públicos en órganos judiciales y administrativos, con competencias distintas, deriva, por tanto, de la teoría montesquieuiana de separación de poderes. Esto no significa que no exista un aparato estatal encargado de la resolución de conflictos y el mantenimiento del orden en ordenamientos que no reconocen el principio de separación de poderes, como las experiencias autoritarias han demostrado. Al contrario, los Tribunales, en estos casos, permiten el control de la sociedad y son leales ejecutores del mandato legislativo, pero funcionan en ausencia de garantías de independencia.

Dicho esto, se puede definir el poder judicial como el conjunto de órganos que se encargan del ejercicio de la jurisdicción. El mismo término *iurisdictio*, cuya etimología indica la derivación de *ius dicere* (la indicación de la norma que se refiere al caso concreto, que el Tribunal requiere de las partes; la identificación con el silogismo del juez que adapta la norma jurídica abstracta al supuesto concreto), enfatiza la actividad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pero resulta restrictivo resumir la función judicial solo como proceso cognitivo, tal y como inicialmente pretendía la doctrina procesalista («*iurisdictio in sola cognitione consistit*»). La historia demuestra cómo la jurisdicción, en su

aspecto dinámico representado por el proceso, se extiende también a la ejecución, al proceso voluntario. Con el ejercicio de la función judicial se lleva a cabo la sustitución de una actividad pública por una actividad ajena: «de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual no solo de las partes, sino de todos los ciudadanos, que deben asegurar si existe o no una voluntad concreta de la ley con referencia a las partes» (cognición); «de la actividad material de los organismos del Estado a la actividad debida» (ejecución, pero no de la sentencia penal, ya que en este caso la aplicación definitiva de la voluntad decidida solo puede ser realizada por órganos públicos, por lo que «esta ejecución, en sí misma, no es jurisdicción»: CHIOVENDA, 1928, 296). Este elemento de sustitución carecería en la actividad administrativa y permitiría definir la jurisdicción como una actividad secundaria, ejercida por órganos que no forman parte de los conflictos en que van a incidir, a diferencia de la administración que sería una actividad principal u originaria, directamente impuesta por la ley sobre los organismos públicos.

1650

Entre los elementos distintivos, tratándose en ambos casos de “ejecución” de la ley, o de traducción de órdenes abstractas en preceptos concretos, aparecen principalmente las características de independencia y discrecionalidad.

La administración es dependiente y opera en el cauce de su discrecionalidad; la jurisdicción es independiente y su actividad se ve constreñida a rigurosas restricciones legales. De hecho, se ha observado como también la organización judicial está sometida al poder político (que dicta las reglas y, en muchos casos, regula sus órganos); al poder administrativo (el poder judicial debe someterse, aunque con excepciones, a las reglas discrecionales de la administración); al propio poder judicial («inferior iudex non potest tollere legem superioris»), es decir, el Tribunal inferior sucumbe frente al superior. Por el contrario, incluso la administración sufre los límites de la legislación y mientras crea discrecionalmente Derecho, al mismo tiempo, se ve obligada por ello. Como escribe Kelsen al criticar la mitología de los “jueces-rey”, como él los llama, «la discrecionalidad no es nunca del todo libre (...) y nunca es del todo dependiente» (KELSEN, 1929, § 17 y 146); y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad

de la jurisdicción. Se trata, por tanto, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos.

Otras características que según la doctrina caracterizan la jurisdicción se derivan, al menos en parte, por la sabiduría del Derecho romano. Entre ellas se encontraban las siguientes:

- a) La naturaleza secundaria antes mencionada de la jurisdicción, o sea que su intervención se da solo cuando se ha violado el ordenamiento y alguien solicita su restablecimiento («ubi actio ibi iurisdictio»; «nullus actore, nullus iudex»). Esto conecta con el principio por el cual el Tribunal solo decide sobre la solicitud y no sobre otras cosas: «ne eat iudex ultra petita partium», ya citado.
- b) La naturaleza inmodificable de las sentencias (“*res iudicata*”) [omissis].
- c) La procedimentalización del proceso [omissis].
- d) El carácter obligatorio de la jurisdicción. Esta característica parece muy inestable. A pesar de que, en su mayor parte, los Tribunales no pueden dejar de suministrar un juicio, por un lado, a menudo las partes pueden optar por confiarlo a otros (árbitros, por ejemplo); por el otro, el ejercicio de la acción penal puede ser discrecional y no obligatorio (por ejemplo, en EE.UU.); por último, los mismos Tribunales se han provisto de herramientas que de hecho permiten el incumplimiento (negando la competencia, o la naturaleza jurídica de la controversia, o su insignificancia, etc.).
- e) El ejercicio de la jurisdicción subordinado a una demanda (raramente se ejercita de forma espontánea).

En definitiva, la jurisdicción en sentido moderno y occidental se define sobre la base de una serie de requisitos que le corresponden

principalmente, pero no exclusivamente; que se pueden utilizar de forma conjunta, pero también solo en parte; que comprenden perfiles estructurales (de los cuales la independencia e imparcialidad parecen los más relevantes), así como funcionales (la aplicación de la ley en casos concretos, aunque con las aclaraciones ya realizadas); que se distingue por las formas particulares que caracterizan (especialmente, pero no solo) la producción de los actos típicos –sentencias– las cuales, sin embargo, pueden colocarse junto a otros actos (ordenanzas, decretos, órdenes, etc.).

3. “Dar justicia”: pluralidad de soluciones

Todos esos elementos han permitido diferenciar la función judicial de la función administrativa al interior de un concepto de “orden”, de derivación occidental, ligado a la noción tradicional de *rule of law*, la separación de poderes, la actividad de control de las Cortes y el carácter vinculante de sus decisiones.

1652

Sin embargo, el orden es un concepto histórico y relativo, como enseñan los filósofos y los historiadores de las doctrinas políticas⁴. Ello incide en la jurisdicción: la función judicial y el rol del juez no solamente han cambiado con el tiempo, como vimos, sino que mutan según la sociedad y el orden en los que se insertan (y contribuyen a construir). En efecto, el juez participa en la construcción del orden, porque resuelve las controversias aplicando las normas jurídicas producidas en el respecto del ordenamiento.

Lo que en la mayoría de los casos ha circulado –difundido por el formante doctrinal y cultural– es un concepto de sociedad (y de orden) reconducible a aquel fenómeno, típicamente europeo, que Ehrlich denominaba “estatización de la justicia”, ligado a la común creencia que todo el Derecho es producido por el Estado mediante la producción legislativa. Es preciso preguntarse, en primer lugar, si este modelo, fruto de la *western*

⁴ En la sociedad moderna, el orden, «puesto que ya no es un supuesto, emerge de las relaciones que se establecen entre individuos, tanto que la sociedad se torna un lugar omnicomprendivo y global al interior del cual cada poder y cada subordinación adquiere un sentido y se vuelve legítimo» (RICCIARDI, 2010, 16).

tradition, aún es válido en su integridad o bien si entró en crisis ante un escenario globalizado; y, en segundo lugar, si es idóneo para “cubrir” fenómenos culturales y jurídicos que no se identifican con el concepto occidental de sociedad y de orden. En efecto, existen otras áreas del globo, en las que las fuentes estatales no tienen el monopolio de la producción normativa y «el Derecho inmediatamente se origina de la sociedad, puesto que es ordenamiento interno de las relaciones sociales», tal y como el mismo Ehrlich llega a afirmar (EHRlich, 1922, 102 ss.).

Amplias regiones geográficas y culturales siguen confiando, de hecho, en Tribunales no estatales, particularmente los religiosos: pensemos solamente en Israel, donde los Tribunales religiosos –aquellos de Rabines y aquellos competentes para religiones diversas de la hebreaica– conviven con las Cortes seculares. Emblemático es el caso del Islám (§ 3.2), al igual que muchos países orientales, africanos y en los que sigue administrándose la justicia indígena, como en América Latina (§ 3.1).

Las tendencias actuales ponen sobre la mesa nuevos fenómenos como: las reivindicaciones de los pueblos indígenas, las demandas de una jurisdicción islámica para los musulmanes fuera de los Estados que profesan el Islám, el surgimiento de problemas ambientales con violaciones de la tierra que se vuelven aún más pervasivas en los territorios marcados por el problema de los *desplazados*, el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho (Naturaleza). Ahora bien, «cuando los excluidos tienen derecho» (B. DE SOUSA SANTOS, 2012), las formas y los ritos también cambian: se fortalecen los instrumentos de justicia distributiva; se tienen en cuenta las decisiones de los tribunales de opinión; la justicia indígena se vuelve paralela; en las sociedades multiculturales, los jueces recurren a técnicas interpretativas de inclusión y protección de las diferencias, como la llamada “accommodation”; antiguas formas triádicas de justicia resurgen para tratar de resolver los conflictos alejándose del rito estatalizado; la legitimación para actuar se amplía en comparación con la que se encuentra definida en los modelos occidentales, gracias a instituciones como la “Public Interest Litigation”, que en el subcontinente indio ha demostrado ser una «herramienta para alcanzar la justicia social y concretizar la igualdad sustancial en sede jurisdiccional» (VIOLA, 2018).

3.1. La justicia indígena

La justicia indígena no corresponde a un método alternativo para la solución de controversias (como por el contrario lo son el arbitraje, la conciliación, etc.), sino a una justicia ancestral, expresión de culturas preexistentes a la organización estatal. Los historiadores observan que los grandes exploradores que abrieron el camino para la colonización africana están de acuerdo en afirmar que «en las sociedades observadas en sus viajes, uno de los principales cuidados era la administración de justicia», y que demasiado a menudo los colonizadores relegaron la justicia indígena a un asunto meramente organizativo, subvalorando su impacto político (MAGNINO, 1954, 13). El Estado colonizador, tendencialmente, impuso a los pueblos indígenas la tradición jurídica eurocéntrica basada en un modelo de justicia ordinaria, y pocos han sido los intentos exitosos de reivindicación de las culturas nativas. (Tal vez, los maoríes son el único ejemplo exitoso de fuerte oposición a la hegemonía británica.)

1654

Para este tipo de justicia se plantea un problema de coordinación con el ordenamiento jurídico del Estado que “reconoce” la justicia indígena y admite la existencia de un “fuero indígena” (en el que los miembros de la comunidad son juzgados por su juez natural). Las normas indígenas (sustanciales y procesales), los ritos, las modalidades para expiación de las penas chocan, de hecho, con las estatales, pero también encuentran un límite en las declaraciones internacionales de los derechos humanos (la amputación de la mano para ladrones reincidentes; el baño en agua caliente; el proceso inmediato en caso de flagrancia de delito, son todos ejemplos de remedios implementados). Ello se advierte «entre lugares tan distantes como Canadá y Colombia [en los cuales] las relaciones entre Estado y pueblos nativos presentaron la misma dinámica con sorprendente similitud» (DE SOUSA SANTOS, A. GRIJALVA JIMÉNEZ, 2012, X del prólogo). Las experiencias históricas demuestran que las formas de relación fueron diversas: la negación, la coexistencia a distancia (por ejemplo Sur África: en el sistema de *apartheid* la justicia comunitaria africana se aplicaba solo en las *townships*, las áreas reservadas a la población negra), la reconciliación y la convivialidad (CLAVERO, 1994, 36), y también los instrumentos son diversos: las leyes (Ecuador, Bolivia), la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales (Colombia) o de las Cortes Supremas (USA).

3.2. La justicia religiosa: el caso del Islam

Para el musulmán, la justicia es la virtud por excelencia, cuyas características esenciales se hallan en el Corán y, al mismo tiempo, representa la obligación colectiva (*fard kifāya*) para la comunidad entera («Islam is above all the religion of justice»: RUTHVEN, 1984, 227). La justicia es el criterio que guía al musulmán en el discernimiento en las relaciones familiares y sociales (qué alimento escoger, cuántas esposas tener, etc.). El Derecho es el instrumento que permite llevar a cabo este menester. Dar justicia es el menester que Dios ha confiado a los hombres y se combina con el concepto de *khilāfa*, que identifica el poder de gobierno del hombre en la tierra. Se ha señalado que a las dos dimensiones de la justicia concebidas en Occidente (justicia distributiva y compensativa), los juristas musulmanes añaden el asunto de la selección y el nombramiento de los gobernantes, con base en lo afirmado en el Corán, incluyendo por ende en el concepto de justicia también la dimensión política (KAMALI, 2002, 113). Las mismas teorías de la justicia se resintieron profundamente por el primer trauma político del Islam (el cisma entre chiitas y sunitas) y se desarrollaron de manera diferente, según la escuela religiosa de referencia (ZUBAIDA, 2003). Aún hoy en día, la organización judicial resiente de la injerencia del poder político en la administración de justicia, «mientras que la dimensión “coránica” de la justicia se refleja en la religiosidad de la función de juzgar, que pertenece a la visión clásica de la figura del juez en el Islam» (GIOLO, 2005, 56).

1655

La afirmación de los rasgos del Estado moderno y la aceptación del principio de separación de poderes ha obligado la justicia coránica, de revelación divina⁵, a conciliar con una justicia “profana”, expresión de la soberanía del Estado. Ello ha llevado a resultados diversos, según la penetración más o menos intensa de estos principios en los varios ordenamientos.

5 Sin embargo, el Corán no precisa los elementos constitutivos del principio de justicia, ni como la justicia deba realizarse en la tierra (KHADDURI, 1984, 10 s.).

En la historia de estos países, el rol del juez fue cubierto por figuras diversas que encarnaron una manera diversa de interpretar el Derecho divino. El *hakam*, árbitro pre-islámico, era juez único y no operaba en calidad de funcionario público, sino que ocupaba dicho cargo en virtud del prestigio y del conocimiento que demostraba tener. Él dirimía las controversias con base en los usos y las costumbres de la época. El *qāḍī*, juez del Islam clásico, nombrado por una autoridad superior (el Califa o el *Imām*) seguía siendo titular de la administración de justicia y en cualquier momento podía reapropiarse de las funciones judiciales. El *qāḍī* interactuaba con otras figuras clave del sistema jurídico: el *faqīh*, el experto de Derecho en ámbitos teóricos y el *muftī* (jurisconsulto), el intérprete del Derecho que proporcionaba conceptos jurídicos u opiniones legales al juez, aceptados por la comunidad por ser acreditados. *Qāḍī* (el juez) y *muftī* (el intérprete) juntos contribuían a la elaboración del Derecho. No es un caso que el Derecho musulmán se defina como “el Derecho de los juristas y de los jueces”, justamente porque fue elaborado en los siglos por los intérpretes. A diferencia del otro “Derecho de los jueces” (el *common law*, basado en la razón), los jueces y los juristas en el Derecho islámico por mucho tiempo fueron los intérpretes y los custodios de una tradición que se basa en una Revelación divina (CHARNAY, 1963, 70). Por el contrario, en la época moderna, el “Derecho de los casos” se torna recesivo respecto de la producción normativa estatal.

Ya durante el dominio otomán se pusieron en marcha las primeras reformas para la modernización de los aparatos administrativos y judiciales; sin embargo, es desde la segunda mitad del siglo XIX, con la expansión de las colonizaciones europeas, que se afirman las nuevas teorías sobre el Estado, la sociedad y el Derecho. El proceso de desacralización del Derecho comporta una nueva manera de hacer producción normativa (el Derecho político), que va del lado de la *Shari'a*; nuevos derechos se afirman, por lo menos a manera de *soft-law*, por medio de las cartas y las declaraciones internacionales de los derechos; el modo de hacer justicia, en la mayoría de los casos, se separa profundamente de las prácticas del Islam clásico; por el contrario, en algunos casos se torna un instrumento de valoración de las orígenes del Islam.

Esta ola de renovación chocó con una manera diversa de concebir el individuo y la sociedad: una visión comunitaria-colectiva, en la que el individuo es parte de un organismo social que existe por voluntad divina, diferente de la visión netamente individualista de la cultura occidental. Las varias reformas que tocaron a muchos aspectos de las instituciones públicas nunca se radicaron completamente en la sociedad islámica. Espacio público y espacio privado a menudo conviven con dificultad, porque, en el primero, operan prevalentemente las reglas del Derecho moderno y, en el segundo, las reglas de la tradición cultural y religiosa.

La reorganización de la justicia en la transición desde el Islam clásico a la época moderna ha traído muchas novedades: la aplicación de códigos, la creación de la figura del abogado defensor, la creación de Tribunales para extranjeros al lado de las Cortes de la *Shari'a*. El modelo francés fue preponderante en la organización judicial: incluso en países que tuvieron dominio inglés existen indicios de Tribunales administrativos inspirados en el *Conseil d'Etat* francés. Con la descolonización, se asiste a la unificación de las jurisdicciones y a la transición desde el juez monocrático (el *qāḍī*) al juez colegiado (esta reforma radical fue uniforme; algunos países mantuvieron las figuras del *qāḍī* y del *muftī*) y a la afirmación de varios grados del juicio. La figura del juez pierde el carácter sagrado y hoy en día parece plenamente secularizada; en muchos países árabe-musulmanes incluso las mujeres pueden acceder a la judicatura. El juez adquiere nuevas competencias, opera como funcionario del Estado y, al interior del ordenamiento, desarrolla aquella función de orientación que el *qāḍī* no tenía.

1657

4. La organización de la magistratura en Occidente. Modelo anglosajón vs. modelo francés

Las tradiciones históricas-jurídicas referidas anteriormente han contribuido a definir dos grandes modelos de organización del poder judicial: aquel de tipo burocrático-funcional de molde franco-alemán, y aquel de tipo representativo, de tipo anglosajón.

El primer modelo, caracterizado por una duradera huella francesa que se ha convertido en franco-germánica y, por fin, en eurocontinental, ha circulado en Europa llegando al ordenamiento belga, italiano,

holandés, danés y a los países escandinavos (influenciados desde Dinamarca), portugués y español (gracias al cual el modelo ha sido exportado a toda América Latina, aunque con algunas variantes y mezclándose con el modelo anglosajón), pero también, en parte, en Japón, siguiendo las codificaciones francesa y alemana. Con todo, la difusión no ha sido homogénea, tanto que al interior de un mismo modelo se pueden individualizar diferentes sub-categorías, según elementos preseleccionados (el papel y la derivación del Ministerio Público; la existencia de un órgano de autogobierno del poder judicial, etc.).

1658

El segundo modelo, de cuño anglosajón, caracteriza a los países del área del *common law*, en los cuales el modelo se ha difundido en modo uniforme (RUSSELL, D. O'BRIEN, 2001). En la tradición del *common law* la posición institucional del poder judicial es mucho más sólida respecto al área de tradición civil, a partir de los dos países que han contribuido mayormente a la creación del modelo. En el Reino Unido, la tradición centenaria de consenso de la sociedad y de independencia en los conflictos con el ejecutivo ha asegurado a la élite de jueces el ejercicio de la función judicial a pesar de la ausencia de verdaderas garantías jurídicas. En los Estados Unidos, a cambio, el poder judicial ha sido ubicado sobre el mismo plano del poder ejecutivo y del legislativo y ha sido investido de una función de control del legislativo, en un sistema constitucional de frenos y contrapesos. Ello ha facilitado la afirmación del papel del juez, el cual no pertenece a una casta exclusiva, pero tiene experiencias diferentes en el campo jurídico.

Los dos modelos presentan características diferentes y han sido estudiados doctrinariamente por contraposición. Sin embargo, la evolución de las dos familias jurídicas de *common law* y de *civil law* ha incidido inevitablemente sobre las características originarias de los dos modelos, acercándolos en algunos elementos. Los principales elementos que han marcado la diferencia entre los dos modelos son los siguientes:

a) Modalidad de reclutamiento y formación cultural de los jueces

Aunque en los últimos años sobre este punto se han registrado algunos acercamientos (más que todo en países de *common law*), la

proveniencia cultural, las modalidades de reclutamiento y el acceso a la carrera (termino apropiado por el modelo francés, y en menor medida por el anglosajón), aun muestran la intensidad de la influencia del sistema político sobre los jueces, la conexión más o menos marcada con el principio de soberanía popular, el esquema diferente de socialización profesional del juez (BELL, 2006, 298 ss.).

En los países de *common law*, el valor político de la designación del juez mediante elección popular o cooptación desde arriba está históricamente justificada por el carácter “creativo” de la jurisprudencia y por la capacidad del juez para afectar a la axiología de valores, acentuada por la introducción del control de constitucionalidad de las leyes que, en estos sistemas, tiene carácter difuso. En el Reino Unido los jueces profesionales provienen, principalmente, del estrato superior del mundo forense, son seleccionados al interior de un pequeño círculo de miembros de asociaciones de categoría y son pocos en número en comparación con los jueces no profesionales. Se trata de los abogados habilitados para estar en juicio frente a los Tribunales superiores, con una elevada antigüedad de servicio (*barrister*, o *advocate* en Escocia); solo recientemente la categoría se ha expandido un poco a los otros abogados (*solicitor*), pero pocos de ellos pueden aspirar a las Cortes Superiores⁶.

1659

En el modelo francés el reclutamiento refleja el enfoque liberal dado al poder judicial: un cuerpo insertado al interior del aparato burocrático-administrativo del Estado, sujeto a la ley. A diferencia del juez anglosajón que suele ser un profesional, el juez de corte francés es un funcionario público, encuadrado en una organización jerárquica que es cada vez más autónoma respecto del ejecutivo, gracias a las instituciones de órganos de autogobierno. En los sistemas de *civil law* que siguen el modelo francés, el hecho de que los jueces pertenezcan a la burocracia estatal refleja el paradigma clásico

6 Solo desde 1990 los *solicitors* pueden actuar, bajo determinadas condiciones, frente a las Cortes superiores, porque el nivel de experiencia y los años de antigüedad requeridos para volverse juez es elevado y solo un mínimo porcentual puede realmente acceder a los niveles más altos de la magistratura. La edad media de los jueces profesionales ingleses es, de hecho, de 50 años, mucho mayor que la de los jueces de la Europa continental, los cuales entran al cargo después de un periodo de formación de posgrado.

del Estado liberal; en el Estado constitucional, este esquema es superado por la superposición del principio de constitucionalidad al de legalidad y, en general, por el abandono de las categorías clásicas del Derecho y del mismo concepto de soberanía propuesto por Kelsen (*gubernaculum e iurisdictio* están ahora sujetos a la Constitución soberana, porque ningún poder es soberano según Kelsen (KELSEN, 1920) [omissis];

b) El Ministerio Fiscal

En algunas circunstancias, el Estado individualiza una autoridad y le asigna la tarea de representar el interés público ante el poder judicial y de defender la legalidad en circunstancias especiales, establecidas por el legislador. Esta autoridad, en la tradición occidental, es el Ministerio Público cuya etimología recuerda la “fuerza ejecutiva” de la ley (*magistratura postulante*), que se impuso en Francia después de la Revolución.

1660

La ubicación del Ministerio Público (*Ministère public, Public Prosecutor /Es Office, Ministerio Fiscal ...*) al interior de la organización judicial no es homogénea. Hay diferencias sustanciales que se irradian en la organización de la oficina del Ministerio Público y permiten evidenciar una primera gran distinción, esencialmente de carácter cultural, entre países de tradición *civilian* y países de tradición de *common law*.

En el modelo eurocontinental, los Ministerios Públicos gozan de mayores garantías respecto a los funcionarios públicos, sin embargo, su vínculo con el poder ejecutivo es todavía muy fuerte. En la Europa Latina este vínculo se está disolviendo gradualmente, lo cual se evidencia más en aquellos países donde el Ministerio Público y los jueces forman juntos un cuerpo único y están protegidos por un Colegio de Justicia contra las interferencias del ejecutivo (el país modelo es Italia).

En los países del *common law* la situación es más uniforme, y se desarrolla sobre la estela de los dos países modelo. En los Estados Unidos, después de haber experimentado con un fiscal especial e independiente nombrado por un Tribunal, a raíz del escándalo de Watergate, se ha regresado al sistema de las nominaciones (presidenciales con el consenso del Senado por el nivel federal, del Gobernador por el nivel estatal) o de la elección directa (prevalente a nivel estatal). En el Reino Unido, en 1985 se ha creado una

estructura fiscal: el *Crown Prosecution Service*, dirigido por el *Director of Public Prosecutions*, nombrado por el *Attorney General* [omissis].

c) Los órganos de autogobierno

La conexión entre el poder judicial y la clase política –en particular, el Gobierno– se consolida en Francia con el paso de la elección popular de los jueces (Constitución de 1791) a la formación de un cuerpo profesional, cuya administración era confiada al Ministro de Justicia. Solo en el último medio siglo, en Europa, se afirma la exigencia de desvincular el ejercicio de las funciones administrativas relativas a la gestión del cuerpo judicial y de confiarlas a órganos colegiados independientes del Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa y de la Comisión de Venecia. Aunque el Ministerio de Justicia sigue desempeñando un papel significativo en la gestión de la organización judicial, grandes poderes siguen confiados a los Consejos de Justicia, órganos del Estado, y no del poder judicial, los cuales no desarrollan funciones judiciales, pero sí funciones político-administrativas con el objetivo de garantizar la independencia de la magistratura [omissis].

1661

5. Tendencias actuales del “jus dicere” en el mundo globalizado

Desde hace tiempo, para comentar sobre las transformaciones de la justicia, su funcionamiento actual y sus relaciones con los demás poderes del Estado contemporáneo, se utiliza una expresión universalmente aceptada: “crisis de la justicia”. Es una crisis que incide en diversos aspectos sustanciales de la “justicia”, afecta a la tradición occidental y cuestiona el *western model of justice*, en un mundo globalizado.

Dentro de esta expresión se colocan varios fenómenos, a primera vista contrastantes: por una parte, la expansión del poder judicial y la aparición de un “activismo judicial”⁷ que choca, en particular, con el poder

7 «El uso de la expresión tiene connotaciones polémicas» y puede ser criticado por partes políticas opuestas, tanto que «se ha llegado a decir que “activismo judicial” es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado» (FIX-FIERRO, 2014, 43).

legislativo; por otra parte, la pérdida de centralidad del juez en el juicio, lo que le da más relevancia a otros sujetos ajenos al poder judicial. A pesar de las diferentes expresiones, estos fenómenos tienen sus raíces en la superación del esquema tradicional del siglo XIX basado en la separación de poderes (el mismo que ha permitido que el poder judicial se separe de los demás y fuese independiente). Este esquema fue reemplazado por uno más complejo, en el que el juez ya no actúa como un mero ejecutor de la ley (*bouche de la loi*), sino participa, con su actividad interpretativa, en la “creación del Derecho”.

La figura del juez, de hecho, ha pasado de la de juez-ejecutor coherente con el pensamiento de Montesquieu, con un poder nulo (cuya relación con las instituciones y con el Derecho no es tan diferente de las posiciones adoptadas por Blackstone en la teoría declarativa del Derecho), a la de juez-delegado, que se puede expresar de forma discrecional, pero bajo las directrices de las instituciones representativas, hasta juez-guardián quien no solo es independiente de las instituciones políticas, sino puede actuar en contra de ellas (GUARNIERI-PEDERZOLI, 2002, 164 ss).

1662

Se ha dicho que la propensión a la creatividad del juez tiende a dilatarse principalmente por dos razones (eficazmente resumidas por DI GIOVINE-MASTROMARINO, 2011, 26 ss): una «producción normativa excesiva y pormenorizada», que obliga al juez a tomar un papel activo en la determinación de la norma que debe aplicarse en el caso y lleva a declarar que «el juez no debe crear Derecho, pero a la vez no puede no crearlo» (BARBERIS, 2008, 10); y una actitud del legislador y/o de la legislación que no responde a la creciente demanda de justicia de una sociedad cada vez más compleja, evolucionada, multicultural.

5.1. La expansión del poder judicial: jurisdiccionalización de la política y politización de la justicia

Las razones de la transformación del papel del juez son variadas y no todas atribuibles directamente a los caracteres del sistema judicial; se trata de una transformación global de los sistemas jurídicos modernos, donde la crisis de la justicia está entrelazada con la crisis de la responsabilidad política y parlamentaria, con la crisis de la representatividad de los

partidos políticos, con nuevos modos de adquisición del consenso, que pasan por los nuevos medios de comunicación y se reflejan en las relaciones entre poder judicial y ciudadanos. Esta nueva organización de los sistemas jurídicos contemporáneos ha fomentado la expansión del poder judicial (a veces una invasión) y ha intensificado las relaciones entre justicia y política. El fenómeno es analizado desde hace tiempo en perspectiva comparada también (JACOB et al., 1996).

El impacto político de la acción judicial es un fenómeno que ya no puede ser estudiado solo con referencia al poder que los jueces ejercen durante el desempeño del control de las leyes, sino que se extiende al control de las decisiones de la administración pública y se evalúa con base en diferentes elementos (el área de intervención del juez; la organización predominantemente centralizada —o descentralizada— del poder judicial, el acceso al sistema por parte de grupos de interés, etc.). La tendencia a transferir las decisiones desde los poderes legislativo y ejecutivo hacia el poder judicial, de acuerdo con un proceso llamado “judicialización de la política”⁸, o “gobierno de los jueces” (LAMBERT, 1921), es un fenómeno estudiado inicialmente en los EE.UU., que empero ahora es común a ambos modelos de organización judicial. Los estudios de los politólogos muestran que el proceso de judicialización de la política no presenta connotaciones negativas necesariamente; por el contrario, un poder judicial fuerte y eficaz se ha considerado positivamente como garantía de los derechos. Es natural que un papel tan proactivo del poder judicial a menudo desencadene un proceso de “politización de la justicia”, es decir, intentos de presión por parte de grupos de interés, por ejemplo en la selección y en las orientaciones de los jueces (los EE.UU. son un ejemplo claro: desde las decisiones tomadas por la Corte Suprema en la era del New Deal, hasta el caso Bush vs. Gore).

1663

Las mismas aulas de Tribunales, se ha dicho, «pueden ser utilizadas como arenas “policéntricas” en lugar de “bipolares”, es decir, caracterizadas por no solo dos lados opuestos, como exigiría la estructura clásica del

8 Un primer análisis y propuesta de definición se encuentra en TATE-VALLINDER 1995, pero véase asimismo SHAPIRO-STONE SWEET, 2002.

procedimiento judicial, sino por una pluralidad de intereses en juego» (PEDERZOLI, 2004, 62), y por una pluralidad de sujetos interesados en la decisión final (sujetos que, si bien numerosos, a veces logran coincidir con una parte del caso, v. las *class actions*).

Para amplificar estos dos fenómenos paralelos han contribuido los medios de comunicación, que permiten a los jueces el diálogo con la sociedad y con las mismas instituciones y cada vez más entran en los procesos (incluyendo los procesos decisorios). En el pasado, los jueces buscaban sus “referentes políticos” dentro del Gobierno y, más tarde, en los Consejos del poder judicial (en los países de la Europa continental, donde los Consejos han reemplazado el ejecutivo en las decisiones relacionadas con las carreras de los jueces); ahora los medios de comunicación se han convertido en el nuevo, potente, referente que conecta el poder judicial con la sociedad.

5.2. La “unicidad” de la jurisdicción estatal en crisis

1664

En el mundo occidental, se afirma paulatinamente la fragmentación del concepto (unitario) de jurisdicción. La jurisdicción, en efecto, ya no se limita al dominio de los Tribunales estatales (expresión de la soberanía del Estado), sino que se dispersa entre múltiples sujetos que, no siempre, pertenecen al cuerpo de la judicatura.

La amenaza al carácter único de la jurisdicción procede de varios frentes (interno y externo). Por el frente externo, asistimos a una presión “desde lo alto” de jurisdicciones supranacionales (advertida con mayor o menor intensidad según el sistema regional) y “transversal” de Derecho transnacional. De hecho, la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios e ideas) hoy en día ocurre en amplia medida en vía jurisprudencial, sobre todo gracias al aporte de las Cortes Constitucionales y de las Cortes internacionales o transnacionales. Cada vez con mayor frecuencia, el juez debe confrontarse con la jurisprudencia de estas Cortes que penetra en los ordenamientos estatales y “viaja en paralelo” a la estatal⁹. El activismo

9 Un agudo observador externo del sistema francés anota que en Francia las “Cortes supremas” son cinco: *Cour de Cassation*, *Conseil d'État*, *Conseil Constitutionnel*, *Cour européenne des droits de l'homme*, *Cour de justice de l'Union européenne* (LASSER, 2009).

judicial del que muchas Cortes estatales son acusadas es un fenómeno que hoy se identifica también en las Cortes internacionales y supranacionales, tales como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (gracias a la doctrina de la supremacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno de sus países integrantes) y, más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su doctrina del control de convencionalidad. Incluso aquellas manifestaciones de producción normativa que toman el nombre de Derecho transnacional deben reconducirse al lecho del derecho jurisprudencial. En el nombre de una comunión de principios —que superó el intento inicial de resolver los problemas relativos a las relaciones comerciales interestatales— los Estados se adhieren ahora a una nueva *lex mercatoria* de índole supranacional, a un *rule of law* en la perspectiva del comercio internacional que incide notablemente en la soberanía estatal y en la actividad de los jueces (GALGANO, 1993, 42 ss.).

Por el frente interno, asistimos a un crecimiento de “jurisdicciones privadas” (*Alternative Dispute Resolution*, arbitramentos, etc.), que no termina en el contencioso extrajudicial, sino que cada vez más se inserta al interior del proceso, de manera colaborativa con la autoridad judicial. Ignorar estos instrumentos proporcionaría una visión errónea del juez, que ya no tiene el monopolio de la jurisdicción, y del proceso, que ya no es el lugar exclusivo para la solución de controversias.

1665

5.2.1. La erosión desde el interior: *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y otras formas no autoritaritativas de jurisdicción

El proceso de fragmentación de la justicia opera, internamente, en varios frentes. El rol más incisivo seguramente es aquél que desarrollan las ADR. Sin embargo, es preciso citar otros sujetos e instituciones que amenazan el monopolio sobre la gestión de la jurisdicción, tales como las Autoridades administrativas independientes¹⁰ o los Defensores cívicos.

10 Utilizamos aquí el término «Autoridades independientes», más típico de la cultura de Europa continental; en cambio, en el Reino Unido se utiliza el nombre de *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organisations*) para designar los organismos públicos que disfrutan del nivel más alto de autonomía. El tema es particularmente sentido en los

Con el acrónimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*, o, en su acepción más innovadora, *Amical Dispute Resolution*), nos referimos a una serie de métodos para solución de controversias alternativos al procedimiento judicial, que se difundieron en la segunda mitad del siglo pasado en los ordenamientos de matriz occidental. No existe una definición unívoca de ADR, ni podemos referirnos a convenciones internacionales u otros instrumentos de *soft-law* para un concepto compartido del fenómeno¹¹. En efecto, éste engloba institutos jurídicos muy diversos entre sí, entre los cuales los más conocidos son el arbitramento, la conciliación, la mediación, la adjudication. Dichos institutos jurídicos contribuyen a fragmentar el panorama unitario y original de las jurisdicciones estatales; la actividad de “dar justicia” asume un alcance más amplio y se confía a terceros, a menudo seleccionados por las partes, que no poseen los requisitos exigidos al juez, tal y como históricamente se formó.

1666

El movimiento cultural que dio origen a las ADR nació en los Estados Unidos, donde se creó esta expresión hacia los años 70, como consecuencia de una crisis del sistema judicial conocida con el nombre de “litigation explosion”, la cual llevó a un notable aumento de la carga de trabajo de los Tribunales y a la inevitable insatisfacción de los ciudadanos hacia la administración de justicia (PALMER-ROBERTS, 2005, 46). Desde los Estados Unidos, las teorías modernas sobre modelos alternativos de solución del contencioso se difundieron en los países de tradición occidental y fueron acogidas con denominaciones variadas (CHEVALIER, et al., 2003)¹².

países de tradición civilista, dado que en los Estados Unidos el papel de las *Agencies* se ha consolidado. La función para-jurisdiccional (junto con aquella para-normativa) de las Autoridades administrativas en Europa por tiempo ha sido objeto de amplios debates en doctrina.

- 11 En materia de comercio internacional, se hace referencia a las ADR en el momento de proponer modelos de decisión de controversias: El *American Law Institute* y UNIDROIT en sus “Principles of Transnational Civil Procedure”, aprobados en 2004, en el punto 24.2 invitan los Tribunales a facilitar estos instrumentos alternativos en cada etapa del procedimiento (ALI-UNIDROIT, 2006).
- 12 El rechazo a la terminología inglesa llevó en Francia a crear la expresión “*Modes alternatifs de règlement des litiges*” (MARL) y en Québec aquella de “*Solutions de rechange au règlement des litiges*” (SORREL); CHEVALIER-DESDEVICES-MILBURN, 2003.

En principio, ello ha planteado algunos problemas de orden general porque, históricamente, los ordenamientos occidentales confiaban en el juez y en la ley del Estado para la solución pacífica de litigios. Ellos otorgaban a la jurisdicción estatal el papel de garante exclusivo de la legalidad y de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares, a diferencia de lo que aún ocurre en muchas partes del mundo, donde la jurisdicción estatal comparte la resolución de litigios con otras jurisdicciones. En cambio, con este movimiento cultural, se tiende a excluir que la jurisdicción sea la única forma de acción de los derechos disponibles, e incluso se induce a los particulares a creer que el juez debe intervenir solamente cuando no es posible alcanzar un acuerdo con instrumentos alternativos.

Potencialmente, se trata de un cambio radical en la manera de percibir la justicia, pero no necesariamente de una alteración del papel del juez, el cual cede —progresivamente— buena parte de la materia del contencioso y asiste a un redimensionamiento de su papel, pero no necesariamente una alteración. En efecto, el concepto de “alternatividad” que estos métodos evocan, no implica necesariamente una exclusión del proceso, es más, las ADR a menudo suponen el proceso, sino que lo anteceden y, en algunos casos, se entrelazan con su desarrollo y hacen del juez un protagonista de la resolución “alternativa”.

1667

La idea de procurar un acuerdo entre las partes y no considerar el sistema judicial como el único lugar de resolución del contencioso o, mejor aún, la idea de evitar *a priori* una situación de conflicto es, en cambio, mucho más antigua. De ello hay trazos tanto en los orígenes contractuales del proceso romano, como en la etapa *pre-trial* de la tradición del *common law*, incluso pensada para promover la composición de la controversia, sin llegar al *trial*.

Sin embargo, las raíces deben buscarse en algunas filosofías orientales que, en parte, incluso hoy en día se reflejan en los ordenamientos jurídicos de China y Japón, aunque unas formas de resolución de conflictos sociales confiadas a “autoridades” fuertemente ligadas al territorio —o mejor, a la aldea— se encuentran en varias partes del mundo (por ejemplo, el mito de los *panchayat* en India, reintroducidos hoy en día en la forma de autoridades administrativas). La cultura del no conflicto

y de la negociación permea la postura de los ciudadanos frente a la justicia, tanto que «la ADR en Japón podría significar el proceso más que la mediación o la conciliación, por el simple motivo que en Japón los ciudadanos tradicionalmente creían que las partes en causa debiesen ante todo intentar resolver sus litigios por medio de la negociación» (TANIGUCHI-YAMADA, 2007, 273). Contrariamente a lo que ocurre en los Estados Unidos donde, culturalmente, el proceso es la regla, en Japón el proceso es la alternativa al principio de la transacción. La mediación que practica el juez (*kankai*, de derivación feudal) sobrevivió en el nuevo código de procedimiento civil, modulado sobre el código alemán (testimonio de ello son los pequeños cuartos llamados “salas de transacción” existentes en los Palacios de justicia)¹³. La principal forma de mediación ante las Cortes es el *chotei* (traducible con la palabra “conciliación”), instituido en 1922 para mediar las controversias en materia de inmuebles, que luego se extendió a varias materias (HALEY, 1982, 125 ss).

1668

Cada caso *chotei* es gestionado por un juez y dos conciliadores, que forman el comité *chotei*.

En China, la cultura confuciana seguramente ha marcado la tendencia a evitar el conflicto y a privilegiar soluciones compromisorias. Sin embargo, estudios recientes sobre la dinastía Qing demostraron que en la China imperial existía también una justicia civil, además de la justicia penal, que no contemplaba solamente la vía extrajudicial, sino también la procesal (HUANG, 1996). No obstante, la fuerte vocación a rechazar el conflicto resistió incluso a la caída del Imperio y a las influencias occidentales sobre los códigos (de hecho, algunos procedimientos incluidos en los códigos nunca fueron aplicados), así como al modelo soviético adoptado posteriormente, a la Revolución cultural y a las reformas post-maoístas. Además del arbitramento, el instrumento más común es la conciliación, que se adaptó a la expansión económica y social¹⁴.

13 En el sistema feudal, los jueces siempre trataban de convencer a las partes para llegar a un acuerdo, y esta tradición no ha desaparecido con la modernización del ordenamiento jurídico japonés (WIGMORE, 1936, 479 ss.).

14 En las grandes ciudades nacieron nuevas figuras de conciliador: en lugar de los Comités de residentes, en las grandes urbanizaciones los representantes de las sociedades

En el mundo, hoy en día el interés por las ADR es transversal: de hecho, toca ordenamientos que pertenecen a familias jurídicas diversas, pero, al interior de la misma familia, no siempre se fundamenta en supuestos idénticos (ej. el *leitmotiv* que lleva a Alemania a adoptar estas medidas es diverso de aquél de Italia; en el primer caso, el proceso civil es bastante satisfactorio y la mediación se utiliza de manera integrativa; en el segundo, el intento de conciliación se torna obligatorio en ciertos casos para intentar agilizar el proceso). Más allá de las peculiaridades de cada ordenamiento, se registra una tendencia a la convergencia de los sistemas procesales hacia un modelo próximo a aquél *non-adversarial* (de molde anglosajón), en el que el juez goza de poderes más amplios para la “gestión” del proceso.

La invitación a adoptar procedimientos extrajudiciales y alternativos al rito con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia proviene de múltiples lugares. A diferencia de los Estados Unidos, donde las ADR nacieron en un clima de desconfianza hacia las instituciones judiciales, la UE tuvo una postura positiva y propuso (a veces, impuso) estos instrumentos a los Estados miembros, a partir del campo de la tutela de los consumidores, insertando en los catálogos de los derechos de los consumidores unas formas de acceso a la justicia en sentido lato (ALPA, 1997, 403 ss). Sin embargo, no siempre la adopción de estos métodos lleva a resultados satisfactorios, sobre todo cuando se pretende que los instrumentos de consenso resuelvan los problemas de la maquinaria judicial. Cuando por el contrario los métodos alternativos se valoran al interior del sistema judicial, contribuyen a hacer más eficaz la administración de justicia y a disminuir el porcentaje de resolución judicial de los litigios. La positivización de las ADR transforma estos instrumentos desde símbolo de la renuncia a una prerrogativa estatal (el “dar justicia”), por las múltiples dificultades señaladas, a instrumento para el mejoramiento y la superación de la tradicional visión de justicia.

inmobiliarias se están afirmando como órganos para-jurisdiccionales de los litigios que nacen entre propietarios (TARUFFO, 1988, 581 ss).

5.3. La justicia transicional y de la reconciliación

Existe un tema que no atañe directamente —o, por lo menos, no exclusivamente— al sistema judicial estatal, pero que también concierne al “dar justicia” en determinados momentos históricos, y con el instrumento judicial por excelencia (el proceso), utilizado para comprobar verdades que van más allá de la esfera individual. Se trata de la “justicia transicional”¹⁵ o “justicia post-autoritaria” (DI GREGORIO, 2012). El siglo pasado y el inicio del actual fueron marcados por numerosos crímenes internacionales cometidos durante los períodos de totalitarismo y autoritarismo ocurridos en varias partes del mundo (en América Latina, Europa —mediterránea, continental y del Este—, África y Asia).

1670

Más allá de las peculiaridades histórico-político-culturales de cada país, una vez superados los conflictos, se abre una etapa de transición, liderada por una nueva clase política, a la que corresponde la tarea de gestionar el paso desde el régimen autoritario al nuevo ordenamiento democrático y de decidir cómo tratar a quienes se manchó con las atrocidades del pasado. En esta etapa, los nuevos Gobiernos deben decidir entre tener una postura “misericordiosa” o bien “punitiva” hacia quienes cometieron (o permitieron) estos crímenes, en nombre de principios trascendentes admitidos en el anterior contexto institucional.

La idea de verificar los crímenes del pasado tiene raíces antiguas, pero solo recientemente (después de la II Guerra Mundial) se superó la postura, prevaleciente hasta aquel momento, de perdonar y aplicar la amnistía como instrumento para favorecer un rápido paso a la etapa democrática. En los tratados de paz, por primera vez, se establecen medidas punitivas para los crímenes cometidos. Los primeros intentos de reparación

15 Los estudios de *transitional justice* aparecen en los últimos 20 años, paralelamente a la difusión de los estudios sobre transiciones democráticas. El término es omnicompreensivo e incluye varios instrumentos jurídicos utilizados para dirimir conflictos con el pasado (TEITEL, 2000). La justicia transicional agrega diversas experiencias bajo una única etiqueta y, como se ha anotado, contiene dos “nociones críticas”: la primera es la temporalidad de las medidas que deben adoptarse para «infundir confianza en la construcción de la sociedad post-dispótica»; la segunda es el rechazo de un “*winner-take-all approach*” (MUTUA, 2011, 31).

para las víctimas de estas violaciones de los derechos humanos se iniciaron en el plan internacional con los Tribunales militares internacionales de Tokio y Núremberg, pero las primeras jurisdicciones internacionales en sentido propio se dan con los Tribunales penales internacionales para los crímenes de la ex Yugoslavia y Ruanda.

Tanto en el plan internacional como en el interno, el proceso (penal), que por su naturaleza es el instrumento diputado a la búsqueda de la verdad de los hechos y a la comprobación de la responsabilidad individual, es utilizado para indagar el pasado oscuro de un Estado. Incluso en la literatura, los conceptos de justicia y verdad ya no son opuestos, sino «are now seen as compatible, complementary goals of a more capaciously understood project of transitional justice» (MIHAI, 2016, 25 s.). Más que por las condenas individuales de los criminales, estos procesos son recordados por la exposición pública del pasado. (Pensemos solamente en el proceso de 1983 contra la junta militar argentina, conducido públicamente por primera vez, que permitió hacer luces sobre las represiones del régimen; o en el proceso a Jean Bedel Bokassa, ex Emperador de la República Centrafricana, del que no se recuerda tanto la posterior amnistía, como sus atroces masacres que incluían incluso el canibalismo, descubiertos gracias al proceso penal).

1671

La justicia transicional se manifiesta en formas diferentes (punitivas, empáticas, depurativas, compensativas ...) ¹⁶, opera en varios niveles (estatal, internacional), involucra a sujetos y órganos diversos (Comisiones creadas *ad hoc*, Tribunales internacionales, aparatos estatales preexistentes, poblaciones indígenas, etc.) ¹⁷, se impone en vía legislativa (par-

16 La amnistía o la persecución del crimen o la depuración político-administrativa de los aparatos estatales que, por ejemplo, en Europa fue acompañada de condenas penales (Italia, Bélgica, Francia, Holanda). Un clásico ejemplo de medida compensativa es la indemnización para los judíos sobrevividos al Holocausto, en el programa comenzado en el año 1951.

17 El recurso a métodos consuetudinarios y a rituales tradicionales abrieron la vía de la reconciliación en algunos países africanos, como Mozambique, Sierra León, Uganda. En Ruanda, para hacer frente a la imposibilidad de juzgar todos los crímenes de genocidio, con una ley de 2000 se previó un método de justicia participativa –*gacaca*– en la que los miembros de las comunidades actúan como jueces populares.

ticularmente interessante es el proceso de paz que está desarrollandose en Colombia).

Entre los protagonistas, las Comisiones para la verdad y la reconciliación resultan particularmente interesantes porque se presentan como un tercer camino respecto de la amnistía (que representa el perdón) y la punición (el proceso) y se plantean algunos objetivos emblemáticamente resumidos en el Truth and Reconciliation Act 2000, s. 6(1) de Sierra León, con el que se fijan los objetivos de la Truth and Reconciliation Commission: «... to create an impartial historical record of violations and abuses of human rights and international humanitarian law related to the armed conflict in Sierra Leone, from the beginning of the Conflict in 1991 to the signing of the Lomé Peace Agreement; to address impunity, to respond to the needs of victims, to promote healing and reconciliation and to prevent a repetition of the violations and abuses suffered».

1672

Estas Comisiones no deciden por autoridad mediante el instrumento de la sentencia, sino que proporcionan soporte para la etapa de la transición.



Bibliografia

1. ABRAHAM, H.J., *The judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford, 1993
2. Ali-Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2006
3. ALPA, G., “Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile”, *Pol. dir.*, n. 3, 1997
4. ARMGARDT, M., voz “Judges and Juries in Medieval and Post-Medieval Roman Law”, en S.N. Katz (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, cit., III, 2009
5. BARBERIS, M., “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione”, *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004*, Padova, 2008
6. BELL, J., *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge, 2006
7. CHARNAY, J.P., “Pluralisme normatif et ambiguïté dans le Fiqh”, *Studia Islamica*, n. 19, 1963

8. CHEVALIER, P. DESDEVISES, Y. MILBURN, Ph. (eds), *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, 2003
9. CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928
10. CLAVERO, B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, México, 1994
11. DE SOUSA SANTOS, B., "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en B. de Sousa Santos, A. Grijalva Jiménez (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, 2012
12. DEL VECCHIO, G., *La giustizia*, Studium, Roma, 1951
13. DI FEDERICO, G., "The Italian judicial profession and its bureaucratic setting", *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976
14. DI GIOVINE, A.-Mastromarino, A., "Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale", en R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011
15. DI GREGORIO, A., *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria"*, Milano, 2012
16. EHRLICH, E., "La sociologia del diritto", *Riv. int. fil. dir.*, n. 2, 1922
17. FERRARI, G.F., voz "Giustizia amministrativa in diritto comparato", *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1991
18. FIX-FIERRO, H., voz "Activismo judicial", en E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, G. Figueroa Mejía (eds), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a ed., México, 2014
19. FRIEDMAN, L.M., *Total Justice*, New York, 1994
20. GALGANO, F., "Diritto civile e diritto commerciale", en F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1993
21. GIOLO, O., *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Torino, 2005
22. GUARNIERI, C. PEDERZOLI, P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002
23. GUARNIERI, C. PEDERZOLI, P., *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2017
24. HALEY, O., "The Politics of Informal Justice: The Japanese Experience, 1922-1942", en R.L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, II, *Comparative studies*, New York-London, 1982

25. HARRIS, E.M., voz "Judges and Jurors in Ancient Greece", en S.N. Katz (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, III, Oxford-New York, 2009
26. HUANG, P.C.C., *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford, 1996
27. JACOB, H. BLANKENBURG, E.H. KRITZER, M. PROVINE, D.M. SANDERS, J., *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, 1996
28. KAMALI, M.H., *Freedom, Equality and Justice in Islam*, Cambridge, 2002
29. KHADDURI, M., *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore, 1984
30. Kelsen, H., "Justiz und Verwaltung", *Zeitschrift für soziales Recht*, n. 1, 1929
31. Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920
32. LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre le législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921
33. LASSER, M. de S.-O.-L'E., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009
34. LOCKE, J., *Two Treatises of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government*, London, 1689
35. LUZZATTO, G.I., voz "Giurisdizione (storia), a) diritto romano", *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970
36. MAGNINO, L., "L'organizzazione giudiziaria indigena in Africa", *Africa: Riv. trim. st. e doc. dell'Istituto italiano per l'Africa e l'Oriente*, n. 1, 1954
37. MIHAL, M., *Negative Emotions and Transitional Justice*, New York, 2016
38. MONTESQUIEU, C. (de Secondat), *L'esprit des lois*, Genève, 1748
39. MUTUA, M., "A Critique of Rights in Transitional Justice: The African Experience", en G. Oré Aguilar, F. Gomez Isa (eds), *Rethinking Transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Portland, 2011
40. NAGEL, R.F., voz "Judicial Power", en S.N. Katz (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford-New York, 2009
41. PALMER, R. ROBERTS, S., *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-making*, Cambridge, 2005
42. PAVANI, G., "Il potere giudiziario", en L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino-Buenos Aires, 2017

43. PAVANI, G., *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*, en C.A. d'Alessandro, C. Marchese (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, 2018
44. PAVANI, G., "Il diritto comparato e lo studio dei sistemi di giustizia alternativa. Presentazione monografico", *DPCE online* nr. 4/2018
45. PEDERZOLI, P., "Magistratura e politica: quale coabitazione", en S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale, Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004
46. PEGORARO, L. RINELLA, A., *Sistemi costituzionali comparati*, Torino-Buenos Aires, 2017
47. PIZZORUSSO, A., "Introduzione", en A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1976
48. RICCIARDI, M., *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, 2010
49. ROMBOLI, R., *Il giudice naturale*, Milano, 1981
50. RUSSELL, P.H. O'BRIEN D. (eds), *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville-London, 2001.
51. RUTHVEN, M., *Islam in the World*, London, 1984
52. SHAPIRO, M., *Courts: A comparative and political analysis*, Chicago-London, 1981.
53. SHAPIRO, M., "The European Court of Justice: of Institutions and Democracy", *Israel L.R.*, n. 1, 1998
54. SHAPIRO, M.-Stone Sweet, A., *On Law, Judicialization & Politics*, Oxford, 2002
55. SCHWARZENBERG, C., voz "Giurisdizione (diritto intermedio)", *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970
56. TANIGUCHI, Y.-Yamada, A., "I metodi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone", en V. Varano (ed.), *L'altra giustizia*, Milano, 2007
57. TARUFFO, M., "La conciliazione nell'ordinamento cinese", *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1988
58. TATE, C.N. VALLINDER, T. (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995
59. TEITEL, R.G., *Transitional Justice*, Oxford, 2000
60. VAN CAENEGEM, R.C., *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987

61. VIOLA, P., “*Giustizia sociale*’ e Public Interest Litigation *nell’evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici*”, *DPCEonline*, 2018
62. WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1968, II
63. WIGMORE, J.H., *A Panorama of the World’s Legal System*, VIII, *Japanese Legal System, (III) Third Period a.d. 1600-1850*, Washington DC, 1936
64. ZUBAIDA, S., *Law and Power in the Islamic World*, London, 2003

Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi in via incidentale tra evoluzione giurisprudenziale e novità normative

✍ ANDREA PERTICI*

1. Premessa: un processo “senza parti” o “a parti eventuali”

Il contraddittorio nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale rappresenta certamente uno dei principali filoni di ricerca di Roberto Romboli¹, al quale questo scritto è dedicato, dovendosi peraltro considerare che esso evidenzia la tensione tra astrattezza e concretezza tipica di questa competenza della Corte costituzionale e impatta sulla stessa oscillazione tra anima politica e anima giurisdizionale dell'organo, che pure molto ha trovato ampio spazio nella ricerca del Professore².

1677

Pur essendo il tema oggetto di numerosi altri scritti dell'Autore, nel presente lavoro, l'evoluzione delle sue ricerche in merito, anche sulla

* Professore Ordinario dell'Università di Pisa.

1 A partire da *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985.

2 Cfr., ad es., R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), Giappichelli, Torino, 2017; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3/2017, ma già diversi anni prima v. R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, Relazione tenuta alla giornata di studi “Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto” (Modena 18 gennaio 2007), pubblicata, oltre che nei relativi *Atti*, in www.associazionedei-costituzionalisti.it, 19 settembre 2007.

base dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale, sarà affrontata, per praticità, soprattutto attraverso le undici edizioni degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (d'ora in poi, per brevità, *Aggiornamenti*), che sono state pubblicate con cadenza triennale a partire dal 1990 (relativamente al triennio 1987-1989) e che hanno costituito per molti di noi allievi un riferimento (nel mio caso, prima come studente e poi, a partire dalla quarta edizione, come studioso e co-autore).

Il tema, oggetto di una normativa piuttosto scarna (come spesso accade per il processo costituzionale, contenuta essenzialmente nell'art. 23, comma 4, l. n. 87/1953 e negli artt. 3 e 4 delle N.I.³, ha visto nella giurisprudenza costituzionale la sede per una sua significativa evoluzione e, più recentemente, è stato oggetto anche di una modifica normativa, relativa alle Norme Integrative, nelle quali, con delibera 8 gennaio 2020, sono stati recentemente aggiunti, gli artt. 4-*bis* e 4-*ter*.

1678

L'art. 23, comma 4, l. n. 87/1953 prevede in particolare l'individuazione dei destinatari della notifica dell'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale quali sono le parti in causa, il pubblico ministero, quando il suo intervento sia obbligatorio, e il Presidente del Consiglio dei ministri o il Presidente della Giunta regionale, a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o una legge regionale.

L'art. 3 N.I. prevede la costituzione delle parti (del processo principale) nel giudizio in via incidentale, mentre l'art. 4 N.I. contempla l'intervento del Presidente del Consiglio o della Giunta regionale, nonché –a seguito di una modifica del 2004– «eventuali interventi di

3 Attengono al contraddittorio almeno anche l'art. 6 N.I. ("Deposito degli atti del processo") in base al quale gli atti e i documenti di ciascuna parte devono essere depositati in cancelleria, a pena di irricevibilità, nel numero di copie in carta libera necessarie per le parti ed essere scritte in carattere chiaro e leggibile; l'art. 10 ("Deposito di memorie"), che ammette il deposito in cancelleria di una memoria illustrativa, in un numero di copie sufficiente per le parti, fino al ventesimo giorno libero prima dell'udienza o della riunione in camera di consiglio; l'art. 16 ("Udienza pubblica"), che, al comma 2, prevede che, dopo la relazione tenuta dal Giudice designato dal Presidente, i difensori delle parti svolgano in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni.

altri soggetti», della cui ammissibilità è competente a decidere la Corte e –a seguito della modifica del 2020– dei «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto dedotto in giudizio». Come rilevato da Romboli⁴, questa può «essere definita come una “norma-bilancio”, nel senso che viene a formalizzare una giurisprudenza assolutamente consolidata», ragione per cui «da tale modifica non ci può certo attendere risultati “rivoluzionari”»⁵.

Trattandosi di un giudizio “senza parti” o “a parti eventuali”, la costituzione in giudizio è, per tutti i soggetti sopra richiamati, meramente facoltativa. Quando vi è, essa avviene, nel termine decadenziale di venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza in Gazzetta Ufficiale (art. 3 N.I.)⁶, costantemente ritenuto perentorio⁷ (art. 25, l. n. 87/953), con esclusione della possibilità di rimessione in termini⁸, con il deposito delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, per le parti e il Presidente della Giunta regionale e gli eventuali altri soggetti, con la procura speciale al difensore abilitato al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione, mentre per il Presidente del Consiglio dei ministri, con la sottoscrizione da parte dell’Avvocato generale dello Stato o di un suo sostituto.

⁴ *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

⁵ *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

⁶ Il termine deve essere calcolato con riferimento alla data della pubblicazione della Gazzetta ufficiale, ritenendo pertanto intempestiva e quindi inammissibile la costituzione avvenuta nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza nel Bollettino Ufficiale della Regione: ord. s.n. allegata alla sent. n. 25/2007.

⁷ Sulla perentorietà del termine la giurisprudenza è del tutto consolidata. In realtà, nel caso definito con ord. n. 37/2006, una delle parti aveva sostenuto la natura non perentoria sia in ragione della mancata previsione espressa in tal senso sia per le caratteristiche del processo costituzionale, nel quale non esistono propriamente parti contrapposte, ma la Corte si è attenuta alla propria consolidata giurisprudenza, respingendo tali argomentazioni. R. ROMBOLI, negli *Aggiornamenti (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, 93 ricorda come il Presidente Marini, con circolare 27 marzo 2006, avesse invitato gli assistenti a non illustrare nella ricerca il contenuto degli atti tardivi o della documentazione in essi richiamata.

⁸ Ad es. sentt. nn. 41/2011 e 75/2012. Vi è però un caso (ord. all. alla sent. n. 285/2016) di ammissione in ragione di non meglio precisate irregolarità della notifica, rispetto a cui R. Romboli, in *Aggiornamenti (2014-2016)*, Giappichelli, Torino, 2017, 112 s. sottolinea la novità della scelta criticando quantomeno l’assenza di una motivazione idonea a giustificarla, non emergendo dalla stringata ordinanza allegata alla sentenza definitiva neppure in cosa si sarebbero concretizzate queste irregolarità.

A seguito della già ricordata deliberazione dell'8 gennaio 2020, oltre alle modifiche dell'art. 4, sono stati inseriti, nelle N.I., gli artt. 4-*bis* e 4-*ter*.

Il primo prevede la possibilità che terzi non ancora ammessi al contraddittorio chiedano l'accesso agli atti processuali, nel quale caso «il presidente –ove ciò sia possibile in relazione ai termini previsti per le comunicazioni della trattazione e per il deposito degli atti difensivi e comunque ove lo ritenga opportuno»– convocherà una apposita riunione della Corte in camera di consiglio al fine di decidere, con ordinanza, sulla indicata ammissibilità».

L'art. 4-*ter*, invece, sulla base di quanto previsto presso altre Corti, prevede l'istituto dell'“*amicus curiae*”, stabilendo che, «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta», come sottolineato anche nella relazione della Presidente sulla giurisprudenza costituzionale del 2019, che evidenzia l'obiettivo di «offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme».⁹

⁹ Pare, infine, solo da ricordare che, all'art. 14-*bis* N.I. (e quindi a conclusione degli articoli sull'istruttoria), è stata prevista la possibilità di convocare “esperti di chiara fama”, sentiti in camera di consiglio a cui le parti possano formulare, previa autorizzazione del Presidente, domande per acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline. In proposito Romboli (*Aggiornamenti (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020) si chiede «se tale possibilità non sarebbe stata comunque possibile già sulla base dei vigenti artt. 12-14 N.I., dato il contenuto generico degli stessi, come pare dimostrare la prima applicazione fatta dalla Corte della nuova disciplina con la richiesta di audizione di due esperti per le Poer (v. comunicato stampa del 28 febbraio 2020)». In effetti, in occasione della presentazione del convegno annuale del *Gruppo di Pisa* dedicato ai fatti e all'attività istruttoria della Corte, il giudice costituzionale Zanon rivelò che, all'interno della Corte, «vi erano alcune obiezioni all'utilizzo del potere istruttorio “attraverso istruttorie mirate o convocazione di esperti” (corsivo aggiunto), per il rischio di togliere alla Corte serenità e libertà di decisione e che il vero problema era quello di regolare “come” si raccolgono le informazioni e attraverso quale procedura. Egli concluse ritenendo necessaria “una scelta coraggiosa e di principio nel senso dell'apertura del contraddittorio a forme di acquisizione di dati diversi

Ricostruito così il quadro normativo, possiamo passare a vederne l'applicazione ed evoluzione giurisprudenziale.

2. La (possibile) costituzione delle parti del giudizio *a quo*

Coloro che rivestono la qualità di parte nel giudizio *a quo* possono quindi costituirsi in quello costituzionale in virtù della «posizione “qualificata” da questi assunta in ragione del loro rapporto con la questione sollevata, in modo che, per essere soggetti all'applicazione concreta della legge sospetta di incostituzionalità, paiono più idonei a fornire alla Corte dati, notizie ed indicazioni utili per la decisione ed a far emergere gli interessi collegati e tutelati dalla legge impugnata»¹⁰.

La posizione delle parti private, di cui Romboli sottolinea la scarsa partecipazione e soprattutto lo scarso peso¹¹, è stata ricostruita dalla dottrina in termini diversi: da un lato, alcuni hanno riconnesso la legittimazione alla tutela di un interesse specifico e concreto, quale quello fatto valere nel giudizio principale; d'altro lato, alcuni altri hanno ritenuto che, invece, nell'ambito del giudizio di costituzionalità, l'interesse sarebbe

1681

da quelli forniti liberamente dalle parti e ricercate d'ufficio» (N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 16).

10 *Aggiornamenti (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990, 80-81.

11 Ciò avviene, in effetti, a partire dai primi *Aggiornamenti (1987-1989)*, cit., 81, in cui Romboli ricorda anche quanto sostenuto da F. CARNELUTTI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile. 30 settembre - 3 ottobre 1950*, Cedam, Padova, 1953, 69, nel quale afferma che «il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale (...) per la efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto da perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte costituzionale ho paura che assumerà l'aspetto della marionetta». Successivamente R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2005-2007)*, cit., 94, evidenzia che la Corte ha reso 880 giudizi in via incidentale in soli 246 dei quali si sono costituite parti private, mentre in ben 642 si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri. Nel triennio successivo R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2008-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, 90, evidenzia che la Corte ha reso 769 giudizi in via incidentale in soli 228 dei quali si sono costituite parti private, mentre in ben 526 si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri. Nel triennio 2017-2019 la costituzione delle parti private è avvenuta con riguardo a 242 questioni su un totale di 473 decisioni, poco più quindi di una questione su due (circa 51%): R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020.

quello alla legittimità delle leggi, con la conseguenza che le parti del giudizio principale risulterebbero *amici curiae*. Rispetto a queste, Romboli si pone su una posizione intermedia, per cui se è vero che la legittimazione è dovuta al fatto che quella parte subisce direttamente gli effetti della norma della cui costituzionalità si dubita, ciò nel giudizio costituzionale viene in considerazione, non nella sua specificità, ma nella sua tipicità, come situazione che ne rappresenta altre analoghe. In questo senso la presenza della parte del giudizio *a quo* trova una duplice giustificazione, sia nella tutela dell'interesse oggetto del giudizio principale sia nell'interesse generale alla costituzionalità della legge. In definitiva, sembra che si possa dire che chi subisce gli effetti in concreto in quel momento risulta «eletto, nella folla incolore dei destinatari della norma incriminata»¹².

1682

Ciò senza poter negare, però, l'indubbia prevalenza dell'interesse alla legittimità costituzionale delle leggi, che non può mancare né venire comunque meno, tanto che, in astratto, le parti del giudizio *a quo* parrebbero poter sostenere, nell'ambito del giudizio costituzionale, qualunque posizione, stante l'autonomia dei due giudizi che determina, in caso di estinzione di quello principale, non solo la prosecuzione di quello costituzionale ma anche la possibilità, per chi si sia in esso costituito, di mantenere nello stesso la qualità di parte.

Sono considerate come parti quelle costituite al momento in cui la questione di legittimità costituzionale è sollevata (come specificato dalla sent. n. 315/1992)¹³, anche se, in un caso di restituzione degli atti al giudice *a quo*, cui è conseguita la riproposizione della questione di legittimità costituzionale è stato consentito di costituirsi nel giudizio incidentale alla parte che si era costituita nel giudizio principale soltanto dopo l'emanazione della prima ordinanza di rinvio (sent. n. 330/1999). A parte questa eccezione, però, la giurisprudenza risulta costante nel ritenere inammissibile

12 Cfr. V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi. Atti del 1° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1953, 60 ss.

13 In precedenza, era stata dichiarata inammissibile la costituzione di soggetti intervenuti nel giudizio *a quo* dopo l'emanazione dell'ordinanza di rinvio, come di associazioni di categoria, rappresentative di interessi esponenziali: sentt. nn. 230 e 272/1987, rispettivamente in relazione all'Ordine degli avvocati e all'Associazione magistrati della Corte dei conti.

l'intervento delle parti costituitesi dopo l'emissione dell'ordinanza di rinvio. Sul punto la posizione è espressa in modo articolato nella sent. n. 315/1992 (per A.N.I.A., Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici), stando alla quale, «nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale sono legittimate a costituirsi soltanto le parti del giudizio *a quo* che, al momento del deposito o della lettura in dibattimento dell'ordinanza di rimessione, avevano tale qualità (tra le altre, v. sentt. nn. 63 del 1991, 124 del 1990, 220 e 1022 del 1988)», essendovi (all'epoca) solo puntuali eccezioni per i casi in cui «a) viene sollevata una questione dalla cui risoluzione dipende l'intervento in questo giudizio del soggetto che ha chiesto di costituirsi nel processo costituzionale (sent. n. 429 del 1991); b) l'interesse a stare nel giudizio di costituzionalità sorge dall'ordinanza di rimessione, con la quale la stessa Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale di fronte a sé medesima (sent. n. 20 del 1982); c) l'interesse di cui è titolare il soggetto, pur se formalmente esterno rispetto ad un giudizio cautelare, inerisca immediatamente al rapporto sostanziale, rispetto al quale —con riguardo alla concreta formulazione da parte del giudice rimettente della questione di costituzionalità— un'eventuale pronuncia di accoglimento eserciterebbe una influenza diretta, tale da produrre un pregiudizio irrimediabile della posizione soggettiva fatta valere. Se, in tali casi, non si ammettesse la costituzione, si darebbe luogo ad un giudizio direttamente incidente su situazioni soggettive, senza la possibilità per i titolari di “difenderle” come parti nel processo stesso (sent. n. 314 del 1992)», come vedremo meglio nel par. 4. Ad L'esclusione delle parti costituitesi dopo l'emissione dell'ordinanza di rimessione è stata successivamente mantenuta costantemente ferma¹⁴, peraltro, anche per la parte costituitasi nel giudizio ordinario successivo alla *traslatio iudicii* disposta dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, rispetto al precedente giudizio amministrativo nel cui ambito era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, mantenuta anche dopo che la competenza era passata al giudice ordinario (ord. s.n. all. alla sent. n. 236/2015).

1683

La Corte ha ammesso, invece, la presenza di chi è succeduto nel rapporto processuale principale (sent. n. 34/2015) come della parte

¹⁴ *Ex plurimis*, ad esempio, decc. nn. 226/1994; 345/2005; 80 e 295/2008; 366/2010; 223/2012; 24, 37 e 236/2015; 106/2019.

appellata del giudizio *a quo*, che, pur non (ancora) costituita, non sia stata ancora dichiarata contumace (ord. n. 13/2006).

La Corte ha altresì ritenuto ammissibile l'intervento nel processo costituzionale dei controinteressati, considerati comunque «parti in causa», «a prescindere dal momento della (ed anche dalla) loro costituzione in quel giudizio, in quanto destinatari, [...] della notifica dell'atto introduttivo del giudizio ed essendo, per converso, l'intervento precluso a chi non riveste la qualità di parte nel giudizio *a quo*» (ord. n. 361/2004 e poi anche sentt. nn. 270 e 289/2010).

Da segnalare, infine –come in effetti ha fatto Romboli nell'ultima edizione degli *Aggiornamenti*– che in un recente giudizio, avente ad oggetto la questione di costituzionalità del regime della prescrizione per i reati sessuali commessi in danno di minori, poi, si era costituito l'ente ecclesiastico “Curia generale dei Padri Somaschi”, in quanto citato come responsabile civile nel giudizio *a quo*. La Corte ha ritenuto che l'ente deve essere considerato parte del giudizio *a quo* e come tale legittimato a costituirsi nel processo costituzionale (sent. 143/2018).

1684

Normalmente la Corte non si esprime con riguardo alla posizione delle parti nel giudizio principale, per cui risulta atipico il caso dell'ord. n. 64/2006, in cui, a fronte della presentazione di un'eccezione di parte circa l'inammissibilità delle deduzioni sulla questione di costituzionalità svolte da controparte solo in comparsa di conclusionale, la Consulta abbia affermato che «la questione di costituzionalità è proponibile a istanza di parte in ogni stato e grado del processo, anche reiteratamente, senza preclusioni».

Tra le particolarità segnalate in due diverse edizioni degli *Aggiornamenti* riferite al rispettivo periodo, vi è quella della costituzione come parte privata di chi, al momento, ricopriva anche la veste di Presidente del Consiglio dei ministri, nei giudizi definiti con decc. nn. 23 e 24/2004 e poi in quello definito con sent. 262/2009.

Un'ultima particolarità segnalata¹⁵ riguarda il fatto che, a fronte della regola di cui all'art. 9 N.I., per cui se nessuna delle parti si è costituita

15 V. R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2014-2016)*, cit., 117.

in giudizio, il Presidente può convocare la Corte in camera di consiglio (ciò potendo avvenire anche se si è costituito soltanto il Presidente del Consiglio dei ministri o della Giunta regionale), così come avvenuto nel caso definito con sent. n. 228/2015, in cui la decisione è stata pronunciata a seguito dello svolgimento in camera di consiglio, pur essendosi costituita una delle parti del giudizio principale, anche se pare da segnalare che si trattava della Regione, intervenuta, tuttavia, (almeno anche) in quanto parte del giudizio principale (instaurato da S.E. contro la Regione Calabria e nei confronti di S.P. per l'annullamento della delibera del Consiglio regionale della Calabria n. 378 del 19 dicembre 2013, nella parte concernente la nomina di S.P. a componente del collegio dei revisori dei conti della Giunta regionale e del Consiglio regionale della Calabria).

Infine, deve rimarcarsi come le parti siano da intendersi –secondo la Corte– soltanto quelle del giudizio in cui la questione di legittimità costituzionale è sorta e non anche quelle di giudizi analoghi o simili, che hanno quindi un interesse di fatto, seppure questo possa essere anche del tutto coincidente con quello delle parti del giudizio *a quo*¹⁶.

1685

Se la conclusione raggiunta in questi casi, pur non del tutto coerente con i riferimenti all'interesse concreto specifico e differenziato che ha portato alle aperture nei confronti di altri soggetti, può ancora rispondere alla logica del giudizio incidentale, tanto che la Corte (sent. n. 291/2000) ha rilevato come tali soggetti possano adeguatamente difendere le loro posizioni attraverso i giudizi di cui sono parti (nel cui ambito, però, il giudice potrebbe decidere di non sollevare la questione), più discutibili –come constatato da Romboli¹⁷– sembrano i casi in cui la Corte ha negato la possibilità di intervenire alla parte di un giudizio sospeso in attesa della definizione della questione di costituzionalità sollevata nell'ambito di uno analogo¹⁸. Infatti, questo pone un problema rispetto alla scelta del giudice comune, essendo evidente che la mera sospensione in attesa

16 V., *ex multis*, decc. 300, 516 e 517/2000, 119/2008, 151/2009, 48/2010; 49/2011, 119/2012, 32/2013; 162/2014, 70 e 71/2015; 100, 173 e 214/2016.

17 *Aggiornamenti (2002-2004)*, cit., 93.

18 V. sentt. 117/1996, 96/2008, 304/2011, 33/2015 e 173/2016.

della definizione della questione di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio analogo determina un sacrificio degli strumenti di tutela giurisdizionale della parte, che non si verificherebbe, invece, se anche nell'altro giudizio fosse stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale.

3. La (possibile) costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri o del Presidente della Giunta regionale

Come abbiamo visto, l'ordinanza deve essere notificata anche al Presidente del Consiglio dei ministri o, in caso di impugnazione di una legge regionale, al Presidente della Giunta regionale, che può costituirsi in giudizio senza bisogno della previa deliberazione, rispettivamente, del Consiglio dei ministri o della Giunta regionale¹⁹, richiesta, invece, dalla legge n. 87/1953, per i giudizi in via principale, in aderenza all'art. 127 Cost. (che affida l'iniziativa al Governo), secondo quanto precisato dalla stessa Corte con sent. n. 6/1969.

1686

La presenza del Presidente del Consiglio dei ministri o del Presidente della Giunta regionale è stata giustificata in diversi modi: 1) come *defensor legis*, in considerazione del fatto che l'Esecutivo è il principale propulsore dell'iniziativa legislativa, ed è quindi chiamato in causa nel giudizio sulle leggi, nel quale rappresenta lo Stato (o la Regione) come ordine costituito, con la conseguenza che questo interviene (sempre) a difesa della legge impugnata; 2) *pro populo*, in nome della generalità dei cittadini, considerato che il giudizio in via incidentale non è solo a tutela degli interessi dei singoli ma anche (e anzitutto) a tutela dell'interesse generale a non avere leggi contrarie alla Costituzione; 3) come espressione della maggioranza, che fornirebbe alla Corte la propria interpretazione rispetto alla legge oggetto del giudizio, di cui porterebbe, in sostanza, la responsabilità.

19 R. ROMBOLI, *Giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993, 81 evidenzia come, nel caso deciso con sent. n. 160/1990, singolarmente, a fronte dell'impugnazione di una legge regionale, l'ordinanza fosse stata erroneamente notificata al Presidente del Consiglio dei ministri, che si costituì in giudizio, senza che alcuna eccezione fosse sollevata al riguardo e comunque senza che la Corte rilevasse l'inaammissibilità dell'intervento.

Nella sua prima decisione (sent. n. 1/1956) la Corte ha collegato la presenza del Presidente del Consiglio, in aggiunta a quella delle parti del giudizio *a quo*, al fatto che la pronuncia (di accoglimento) ha effetti *erga omnes*, oltre che per le parti. In tale occasione, peraltro, fu sottolineato come questo intervento avesse «un carattere suo proprio, come mezzo di integrazione del contraddittorio prescritto dalla legge» e come quindi si distinguesse «nettamente dall'istituto dell'intervento regolato dal codice di procedura e dalle norme processuali della giustizia amministrativa». D'altronde, nella sent. n. 13/1960, la Corte ha precisato che «quando la legge prevede il c.d. intervento del Presidente del Consiglio dei ministri [...] essa vi ravvisa, non il capo di un'amministrazione, ma il rappresentante dello Stato inteso come ordinamento unitario».

Nell'esperienza concreta, il Presidente del Consiglio dei ministri (o della Giunta regionale) si sia sempre costituito –quando lo ha fatto– a difesa della legge (in aderenza quindi sostanzialmente alla prima delle impostazioni sopra ricordate), anche formulando preliminarmente una serie di eccezioni di tipo processuale, che mostrano come l'interesse perseguito sia in sostanza quello di evitare comunque la dichiarazione d'incostituzionalità.

1687

Seppure la mancata partecipazione al giudizio possa, naturalmente, essere imputata ad una pluralità di motivazioni²⁰, si ritiene desumibile, da quanto appena detto, che quando il Presidente del Consiglio (o della Giunta) ha ritenuto la legge indifendibile egli ha evitato di costituirsi.

Soltanto in pochissimi casi, quasi tutti tra loro cronologicamente vicini, il Presidente del Consiglio si è costituito sostenendo l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate: si è trattato di quelli definiti con sentt. nn. 298 e 305/1995 e poi 69 e 233/1996²¹. Sebbene, in base ai primi

20 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 256 ss., ripreso in parte, negli *Aggiornamenti (1987-1989)*, cit., 84.

21 In quest'ultimo caso, però, secondo R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (1996-1998)*, Giappichelli, Torino, 1999, 119, ciò è avvenuto ad evitare una dichiarazione d'illegittimità costituzionale più ampia.

casi, Romboli²² avesse ritenuto che si potesse aprire una nuova impostazione della costituzione del Presidente del Consiglio, che «acquista un valore storico ed apre la possibilità [...] di una migliore e più costruttiva partecipazione del governo alle decisioni della Corte», il medesimo aveva trovato comunque persuasiva la tesi di chi aveva teso a ridimensionare la portata di quei quattro casi, ai quali potevano essere date specifiche spiegazioni²³. Più in generale, tuttavia, è stato notato, a partire dalla metà degli anni Novanta, «un atteggiamento certamente più aperto e collaborativo da parte del Presidente del Consiglio, tramite l'Avvocatura dello Stato, risultante in maniera particolare da tutta una serie di ipotesi (n. 396/1996, nn. 43, 44, 67 113, 237/1997) in cui viene sostenuta e proposta una interpretazione "adeguatrice" o "correttiva" della disposizione impugnata che valga sì ad escludere la pronuncia di incostituzionalità, ma anche a raggiungere, in pratica, lo stesso risultato sostanziale che il giudice *a quo* si era prefisso attraverso il rinvio alla Corte della questione di costituzionalità».

1688

Tale impostazione è parsa tornare più di recente²⁴, così come, in realtà di recente si è verificato un quinto caso in cui il Presidente del Consiglio ha sostenuto (seppure in via subordinata) l'incostituzionalità. Ciò è avvenuto, in particolare, all'udienza pubblica del giudizio definito con sent. n. 187/2019, nel corso della quale l'Avvocatura generale dello Stato –ribadita in via principale la propria eccezione di inammissibilità fondata su un'ipotesi di interpretazione adeguatrice– «ha aderito in via subordinata alla richiesta di accoglimento delle questioni prospettate formulata dalla parte privata»²⁵.

Infine, ci sono stati casi definiti con ord. n. 249/2000 il Presidente del Consiglio si è rimesso alle valutazioni della Corte, mentre nel giudizio

22 *Aggiornamenti (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, 109.

23 F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel giudizio incidentale*, in *Foro it.*, 1997, V, 314 ss.

24 *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit., in cui Romboli sottolinea il carattere inconsueto della stessa.

25 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

concluso con ord. n. 346/2001 ha dichiarato di voler «revocare» l'intervento in giudizio²⁶.

Tra le particolarità, è da segnalare il caso (ord. n. 99/2004) in cui il Presidente del Consiglio dei ministri è intervenuto come terzo in un giudizio di legittimità costituzionale di una legge regionale, "difesa" dal Presidente della Giunta e della quale egli sosteneva, invece, l'incostituzionalità. In questo caso la legittimazione ad intervenire è stata argomentata dall'Avvocatura in base al fatto che tale legge era già stata impugnata dal Governo in via principale, ma la Corte, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, non ha preso posizione sulla possibilità di dispiegare questo intervento «come invece la assoluta novità della situazione avrebbe senz'altro dovuto comunque consigliare»²⁷.

Un'altra particolare ipotesi (già incrociato nel par. 2 relativamente al giudizio definito con sent. n. 228/2015) è quella che si realizza quando il Presidente del Consiglio o della Giunta regionale siano anche parti del giudizio *a quo*, perché in tal caso il loro intervento nel giudizio in via incidentale può essere espletato in una doppia veste. In proposito è stato ritenuto degno di segnalazione il giudizio definito con sent. 27/2019²⁸, in cui la Regione Abruzzo si era costituita nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto una propria legge in quanto parte del giudizio *a quo*, dal quale, tuttavia, essa era stata estromessa a seguito della sentenza con cui l'autorità giudiziaria rimettente aveva definito parzialmente il giudizio principale. La Corte ha, però, ammesso l'intervento del Presidente della Giunta regionale, in quanto il giudizio aveva ad oggetto una legge regionale.

1689

4. L'intervento di altri soggetti: una giurisprudenza in evoluzione

In una prima (lunga) fase, la Corte costituzionale ha tenuto un atteggiamento di netta chiusura rispetto alla possibilità della presenza di soggetti diversi dai destinatari della notifica dell'ordinanza di rimessione,

26 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (1999-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, 80.

27 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, 91.

28 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

ritenendo «manifesta la *voluntas legis* di attribuire soltanto alle parti già costituite nel giudizio *a quo*, al momento del deposito (o della lettura in dibattimento dell'ordinanza), la legittimazione a costituirsi dinanzi alla Corte costituzionale» (sent. n. 220/1988).

Tale posizione di chiusura era stata fondata sugli artt. 23 e 25 della legge n. 87/1953 e sugli artt. 3 e 4 delle N.I. (nella versione precedente alle modifiche del 2004 e del 2008), espressamente limitanti la facoltà di costituirsi alle sole parti destinatarie della notifica dell'ordinanza di rinvio, tanto che nella sent. n. 34/1985, la Corte aveva precisato che per la costituzione nel giudizio costituzionale rileva solo la qualità di parte nel giudizio *a quo* al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rinvio, a prescindere da qualunque valutazione sulla legittimazione o sull'interesse ad agire²⁹.

In questa prima fase, quindi, la Corte non ha mostrato sensibilità verso le istanze –rappresentate anche in dottrina³⁰– di apertura del contraddittorio a gruppi e associazioni che, in ragione dei fini istituzionalmente

29 Si legge in particolare nella ricordata decisione che «non è dubbio che anche i soggetti i quali spieghino intervento nel processo civile, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., rientrano pur sempre nell'ampia figura di parte, presupposta dagli artt. 23 ss. della legge n. 87 del 1953. Sotto questo aspetto, è determinante la circostanza che il partito politico "Democrazia proletaria" non sia stato estromesso dal giudizio a quo, per decisione del Pretore competente. E non si deve confondere la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, che a certi effetti può essere riesaminata dalla Corte, con l'interesse ad agire o ad intervenire nel processo principale, che non si presta affatto a formare l'oggetto di autonome valutazioni della Corte stessa (come ha già precisato la sentenza n. 24 del 1959)».

30 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 115 ss. e 120 ss.; C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 662 ss., il quale vi trova fondamento nel rinvio (di cui all'art. 22, l. n. 87/1953) al regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e comunque nella necessità di assicurare tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi legittimi di cui all'art. 24 Cost.; N. TROCKER, *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, in *Foro it.*, 1989, I, 668 ss., il quale pure fa riferimento al rinvio al regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, evidenziando altresì la maggiore legittimazione democratica che ne conseguirebbe; nonché, *de jure condendo*, S. BELLONIA, *Costituzione di parti, intervento di terzi e intervento del pubblico ministero nel giudizio costituzionale incidentale*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, 67 ss., anche se in senso favorevole all'impostazione della Corte, ID., *Appunti preliminari per uno studio sul procedimento nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Roma, 1983 119 ss.

perseguiti, potrebbero portare alla Corte (ulteriori) argomenti utili alla decisione.

Le eccezioni rispetto a tale completa chiusura, tra i primi anni Settanta e i primi anni Novanta, sono state legate a casi del tutto particolari.

Più precisamente, nei due giudizi definiti con sentt. nn. 6/1970 e 135/1984, era stata dichiarata ammissibile la costituzione da parte della Regione a statuto speciale (rispettivamente Sicilia e Trentino-Alto Adige), in quanto aventi ad oggetto norme statali (quali, rispettivamente, decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, di approvazione dello Statuto della Regione siciliana, convertito nella legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2 e il .P.R. 26 marzo 1977, n. 234, recante “Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di ordinamento delle aziende di credito a carattere regionale”), su cui, però, come constatato nella prima delle due decisioni, «direttamente si fondano le potestà legislative ed amministrative della Regione» e quindi la stessa autonomia³¹. Tale ipotesi, dopo un primo implicito segnale di conferma nella sent. n. 16/1995, in cui vi era stata una dichiarazione di inammissibilità, pronunciata però per tardività, si è riproposta, in particolare con riferimento ai decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali, ad esempio nei giudizi definiti con decc. nn. 277/1997, 372 e 479/2002, con cui parimenti è stata dichiarata l'ammissibilità della costituzione della Regione o Provincia autonoma, seppure risultando ciò meno rilevante in quanto verificatosi in un'epoca di maggiore apertura del contraddittorio, secondo quanto vedremo meglio tra poco.

1691

Un'ulteriore eccezione risalente nel tempo è quella di cui alla sent. n. 20/1982, emessa a conclusione di un giudizio nel cui ambito era stata rimessa dalla stessa Corte costituzionale di fronte a se stessa una nuova questione di costituzionalità, incidente sui diritti di soggetti non coinvolti, invece, dalle questioni oggetto delle originarie questioni di legittimità

31 In realtà, nel caso deciso, invece, con sent. n. 135/1984, le difese della Regione Trentino-Alto Adige erano state prese in considerazione dalla Corte (ancorché per respingerle) senza che venisse espressamente affrontata la questione della legittimazione a stare in giudizio.

costituzionale³². La costituzione di questi ultimi era quindi stata dichiarata ammissibile, in considerazione dell'allargamento del *petitum*, essendo stato evidenziato da Romboli³³ come questo sia, in effetti, il primo caso in cui la Corte ha fatto riferimento all'interesse concreto come presupposto per la costituzione nel giudizio in via incidentale.

Lo stesso criterio dello specifico e concreto interesse, in effetti, ha portato all'apertura del contraddittorio nel caso deciso con la sent. n. 429/1991, quando la Corte ha ammesso la costituzione di un soggetto non legittimato a costituirsi nel processo principale, in quanto il giudizio costituzionale aveva ad oggetto proprio la norma che non ne consentiva la costituzione nel giudizio comune³⁴.

Ugualmente è stato l'interesse sostanziale diretto e specifico – e anzi il possibile pregiudizio «irrimediabile» che conseguirebbe all'accoglimento della questione sollevata – a rappresentare l'elemento dirimente per ammettere, nel giudizio deciso con la sent. n. 314/1992, la costituzione di una società che non era costituita nel giudizio *a quo* per causa ad essa non imputabile, in quanto non le era stato notificato né il ricorso né il provvedimento di fissazione dell'udienza di comparizione.

In questi ultimi due casi, quindi, si trattava di soggetti che vantavano un interesse specifico concreto rispetto alla definizione del giudizio di

32 In particolare, era stata impugnata la legge che stabiliva il collocamento nel ruolo dei professori universitari degli aggregati primari clinici, nella parte in cui non estendeva tale previsione agli assistenti ordinari dichiarati maturi in un concorso a cattedra. La Corte aveva quindi sollevato questione di legittimità costituzionale davanti a sé stessa relativamente al riconoscimento dell'inquadramento nel ruolo dei professori universitari degli aggregati primari clinici, al fine di poter equiparare – ma verso il basso – questi agli assistenti ordinari dichiarati maturi in un concorso a cattedra.

33 *Aggiornamenti (1990-1992)*, cit., 67 s., laddove ricorda come ciò avesse portato al superamento della relazione Tesauro alla l. n. 87/1953, più volte ripresa successivamente (ad esempio M. D'AMICO, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 95 ss.), secondo cui di fronte a un giudizio avente ad oggetto una legge tutti i cittadini siano da ritenersi ugualmente controinteressati.

34 Si trattava, in particolare, del sedicente padre naturale, che aveva attivato la procedura ma non era legittimato a costituirsi nel giudizio di disconoscimento di paternità, il quale fu quindi ammesso a costituirsi, ancorché limitatamente a tale questione di legittimità (e non alle altre sollevate), a conferma che a rilevare è l'interesse diretto e specifico.

legittimità costituzionale, ma che non avevano potuto costituirsi, per una ragione di diritto, nel primo caso, o di fatto, nel secondo.

Con la metà degli anni Novanta, però, la Corte è andata oltre queste ipotesi, ciò avvenendo in particolare in due casi nei quali l'apertura, secondo Romboli, avviene essenzialmente per ragioni politiche³⁵.

Si tratta, infatti, del caso relativo all'extradizione anche per i reati puniti con la pena capitale a fronte dell'impegno assunto dal Paese richiedente a non infliggere la pena di morte o, se già inflitta, a non farla eseguire, definito con sent. n. 223/1996, in cui fu ammesso l'intervento del Governo statunitense «in quanto parte legittimata a resistere nel giudizio *a quo*, come risulta dal ricorso del Venezia –notificato all'Ambasciata degli Stati Uniti in Italia– e dalle ordinanze di rimessione e di sospensione adottate dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, ritualmente comunicate», e di quello sulla legittimità costituzionale delle norme sulla c.d. “cura Di Bella”, definito con sent. n. 185/1998, in cui la Regione Emilia-Romagna fu ammessa ad intervenire, in quanto «parte intimata nel giudizio pendente innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, seppur non costituita nel procedimento cautelare d'appello», ma «comunque titolare di un evidente interesse sostanziale, con riguardo sia all'oggetto della controversia di merito, sia all'incidente di costituzionalità».

1693

In questi casi, in sostanza, la presenza dell'interesse sostanziale –specifico e differenziato –non deve più accompagnarsi a un'impossibilità di costituirsi in giudizio come era parso risultare nei casi precedenti.

Ciò indica indubbiamente una maggiore propensione all'apertura del contraddittorio, che condurrà, nel 2004, anche alla revisione dell'art. 4 delle N.I., sia nella rubrica (mutata da “Intervento in giudizio del Presidente del consiglio dei ministri e del presidente della giunta regionale” in “Interventi in giudizio”) sia nei contenuti, aggiungendo due ulteriori commi con i quali è stata prevista la possibilità di ammettere l'intervento in giudizio di soggetti terzi, seppure di ciò –ad avviso di Romboli³⁶– sia

³⁵ *Aggiornamenti (1996-1998)*, cit., 124.

³⁶ *Aggiornamenti (2005-2007)*, cit., 97.

stata data dalla Corte una lettura eccessivamente riduttiva nell'ord. s.n. allegata alla sent. n. 345/2005, in cui afferma che la nuova norma non produrrebbe alcuna modifica di carattere sostanziale, restando la competenza del giudice costituzionale a decidere sulle richieste d'intervento.

Se, quindi, in effetti –come evidenziato da Romboli³⁷– la condizione di legittimo contraddittore nel giudizio *a quo*, già con le decisioni dei primi anni Novanta, risulta non essere, in realtà, né necessaria (v. sent. n. 429/1991 sul disconoscimento di paternità) né sufficiente (v. sent. n. 315/1992 in cui la costituzione nel giudizio *a quo* è avvenuta successivamente all'emissione dell'ordinanza), emerge progressivamente la tendenza a considerare decisiva la presenza di un interesse diretto ed individualizzato, tale da poter essere inciso dagli effetti della sentenza della Corte costituzionale (e a cui non sia stato possibile costituirsi nel giudizio *a quo*), con evidente valorizzazione dell'art. 24 Cost., secondo quanto affermato da Mezzanotte³⁸, riconoscendo –aggiunge ancora Romboli– «l'esistenza di un "processo" costituzionale»³⁹.

1694

È sulla base di questo che sembrano, in effetti, a partire dalla metà degli anni Novanta, passare i casi di ammissione di altri soggetti rispetto a quelli previsti dalla legge come destinatari dell'ordinanza. Tuttavia, nella valutazione della sussistenza di tali interessi diretti ed individualizzati non si può non rilevare qualche oscillazione, forse inevitabile in assenza di parametri stringenti. In proposito, Romboli, sempre attento a che la Corte mantenga la propria legittimazione attraverso la coerenza dei propri precedenti e preoccupato dell'esposizione politica alla quale essa può esporsi con oscillazioni giurisprudenziali e forzature delle regole, sottolinea più volte la necessità di motivare quanto più accuratamente possibile la scelta dell'ammissione o no degli interventi di altri soggetti, valutando anzitutto con favore la pubblicazione in calce alle sentenze delle ordinanze con cui si decide sulle suddette richieste.

37 *Aggiornamenti (1990-1992)*, cit., 77.

38 C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio*, cit. 964.

39 *Aggiornamenti (1990-1992)*, cit., 78.

Le suddette richieste d'intervento sono peraltro pervenute in misura significativa da parte di enti e associazioni esponenziali di interessi, che —come abbiamo ricordato— in una prima fase sono state dichiarate inammissibili con motivazioni attinenti alla mancata assunzione della qualità di parte prima della pronuncia dell'ordinanza di rimessione o addirittura del tutto: nel primo senso i già ricordati casi della sent. n. 315/1992 (rispetto alla richiesta di intervento di A.N.I.A., Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici), dell'ord. n. 226/1994 (rispetto alla richiesta di intervento di Confedilizia), mentre l'inammissibilità per la mancata presenza (del tutto) nel giudizio principale era stata pronunciata, ad esempio, nell'ord. n. 29/1995 (rispetto alla Federazione italiana della caccia), nell'ord. n. 108/1995 (rispetto ad A.F.I., UN.E.M.I. e di VENDOMUSICA)⁴⁰, ciò essendosi poi verificato anche successivamente⁴¹, quando però si sono succedute risposte diverse, generalmente (più o meno ben) basate proprio sulla presenza dell'interesse concreto.

Nell'ultima decisione sopra citata, ad esempio, era stata, viceversa, dichiarata l'ammissibilità della costituzione di S.I.A.E., perché, pur non essendo essa costituita di fronte al giudice rimettente, era ritenuta «titolare di specifici diritti e competenze, ad essa attribuiti in via esclusiva dalla legge (in particolare dall'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633) [...] che si estendono alla materia oggetto del presente giudizio ed esigevano l'intervento di detta Società anche nel giudizio principale», «non potendosi ammettere, secondo la giurisprudenza della Corte, “alla luce dell'art. 24 della Costituzione, che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di ‘difenderle’ come parti nel processo stesso” (sentenza n. 314 del 1992)».

1695

⁴⁰ Diversa dall'ipotesi dell'esclusione di chi non ha assunto —o non aveva ancora assunto, al momento della pronuncia dell'ordinanza di rimessione— la qualità di parte, è quella di chi non poteva assumerla. In proposito, v. la sent. n. 361/1998, in cui, rispetto alla richiesta di costituirsi ella Provincia di Bologna, la sua esclusione è stabilita in quanto essa «non è parte nel procedimento *a quo*, né potrebbe comunque esserlo», con la conseguenza che «se tale soggetto non può essere parte nel processo *a quo*, non può esserlo nel processo costituzionale in via incidentale.

⁴¹ Ad es. nelle decc. nn. 183 e 289/1999; 25 e 78/2000; 183/2001, per questo criticate da R. ROMBOLI, in *Aggiornamenti (1999-2001)*, cit., 82

Se è evidente proprio il richiamo alla tutela dei propri diritti, *ex art.* 24 Cost., il caso mostra come, a fronte di soggetti esponenziali di interessi, l'individuazione del carattere diretto e specifico degli stessi possa sfumare in una sorta di competenza istituzionale (normativamente sancita) alla tutela degli stessi, rendendo i confini della legittimazione ad intervenire più incerti, come –secondo quanto evidenziato Romboli– risulterebbe in particolare dalla ammissione della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (sent. n. 456/1993)⁴². In ogni caso, emerge come, in linea generale la conclusione sia nel senso dell'inammissibilità quando si tratta di soggetti portatori di un mero interesse diffuso (v., ad esempio, la sent. n. 440/2005, rispetto all'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili in una questione di costituzionalità in materia di amministrazione di sostegno), oltre che, naturalmente, quando l'ente o l'associazione non è portatrice di posizioni giuridiche soggettive suscettibili di essere direttamente incise (ad esempio, le ordd. s.n. all. alle decc. nn. 232/2006; 454/2006; 349/2007). Anche al di fuori dei casi relativi alle associazioni esponenziali di interessi, il discrimine tra l'ammissibilità e l'inammissibilità dell'intervento sembra comunque passare per la valutazione della presenza di un interesse diretto e differenziato che può essere inciso dalla decisione della Corte⁴³, anche se, in presenza

42 *Aggiornamenti (1993-1995)*, cit., 115 s., dove sottolinea la necessità di motivare adeguatamente la scelta di ammettere o no la costituzione di soggetti ulteriori una volta che è stata evidentemente superata la rigida posizione legata alla formale qualificazione di parte del giudizio principale, perché «in caso contrario potrebbe riuscire difficile capire perché in un caso la Corte ha ritenuto ammissibile la costituzione nel giudizio costituzionale della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, la quale non aveva assunto la veste di parte nel processo *a quo* ed in un altro invece ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento della Federazione italiana della caccia, sul presupposto che questa non era parte nel giudizio *a quo*».

43 A questa linea si sono, in effetti, progressivamente ispirate molte decisioni di ammissibilità: ad esempio nella sent. n. 284/2002, relativamente alla Costituzione della RAI in un giudizio sulla legittimità costituzionale del canone televisivo, in quanto, pur non essendo parte del giudizio *a quo*, si trovava, in quanto concessionaria del servizio pubblico a poter essere pregiudicata dalla decisione della Corte, così come il CONI nella questione di costituzionalità relativa alla disciplina dell'imposta unica sulle scommesse di cui all'ord. n. 50/2004. O ancor nel giudizio definito con sent. n. 172/2006, relativamente alla costituzione di Parmalat s.p.a. a fronte della pendenza di una questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese o in quello

di questo orientamento Romboli ritiene difficile continuare ad escludere dal giudizio in via principale o dal conflitto di attribuzione Stato-Regioni soggetti nei cui confronti la decisione della Corte viene a svolgere effetti diretti ed immediati⁴⁴. Se, peraltro, questo è il discrimine, Romboli ritiene particolarmente difficile da giustificare, ad esempio, l'intervento, nel giudizio relativo alla questione di legittimità costituzionale della presenza del crocifisso in aula, di un genitore sia «in proprio» e quindi nella medesima posizione di qualunque altro cittadino, sia «quale genitore della minore Laura», che del pari non risultava avere un interesse qualificato rispetto a quello della generalità di coloro che vanno a scuola. Rispetto a questa questione, in effetti, la motivazione della Corte nell'ord. n. 389/2004 risulta sfuggente, cosa tanto più grave in ragione della novità del caso e della difficile comprensibilità di tale apertura alla luce dei precedenti oltre che di quanto diversamente stabilito, nello stesso giudizio, a proposito del presidente dell'associazione italiana genitori di Padova.

In generale, tuttavia, non può che ribadirsi, come più volte notato da Romboli, non solo che sono comunque nettamente prevalenti le ipotesi in cui la Corte ha dichiarato l'inammissibilità degli interventi, ma anche che la scelta in senso positivo o negativo non sempre è risultata coerente, dovendosi in ogni caso notare –come fa Romboli negli ultimi

1697

definito con ord. n. 250/2007, relativamente alla costituzione delle province siciliane a fronte della questione di legittimità costituzionale della legge reg. siciliana concernente l'attribuzione del gettito delle imposte erariali a province e comuni. Ugualmente, nel caso della questione di legittimità costituzionale della legge di espropriazione del teatro Petruzzelli di Bari è stato ammesso un privato che aveva dedotto la titolarità di una situazione giuridica (titolarità del marchio) che poteva essere irrimediabilmente pregiudicata dalla decisione della Corte (sent. n. 128/2008), mentre nel caso della legge dell'Emilia-Romagna sulla qualificazione del sostegno delle scuole dell'infanzia è stato ammesso l'intervento della federazione italiana delle scuole materne perché la sua posizione è stata ritenuta direttamente incisa dall'esito del giudizio (sent. n. 38/2009). Ugualmente dicasi per l'ammissione dell'intervento dei Consigli di alcuni ordini degli avvocati nel giudizio di legittimità costituzionale relativo al riordino degli uffici giudiziari (sent. n. 237/2013) o dell'intervento dell'Inps nel giudizio relativo alla questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina dei requisiti di anzianità e contributivi per l'accesso ai trattamenti pensionistici, atteso che l'istituto «è portatore di un interesse qualificato e potrebbe pertanto essere direttamente inciso dall'esito del giudizio in corso» (ord. n. 318/2013).

⁴⁴ *Aggiornamenti (1990-1992)*, cit., 79.

Aggiornamenti– che «la Corte, dopo un primo momento durante il quale ha interpretato in maniera abbastanza ampia la nozione di “interesse qualificato”, ha successivamente ristretto assai la medesima ed infatti le ipotesi di soggetti terzi ammessi al giudizio costituzionale nel triennio 2011-2013 erano state solamente due e nel triennio 2014-2016, sette» e in quello successivo di nuovo sei.

Una questione specifica è poi quella relativa alla possibilità di costituirsi del pubblico ministero del giudizio principale. In proposito, in un’ordinanza dibattimentale pronunciata nel giudizio definito con sent. n. 132/1979, la Corte aveva affermato che «legittimati a partecipare ai giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale sono coloro che partecipavano al contraddittorio avanti al giudice *a quo* nel momento in cui viene ordinata la sospensione e disposto il rinvio, nonché il p.m., quando il suo intervento sia obbligatorio».

1698

A fronte di una divisione in dottrina, che vede la posizione negativa fare leva anche sul dato normativo degli artt. 3 e 17 (o 16, dopo il 2008) N.I., contenenti il riferimento all’obbligo di un difensore, Romboli ritiene che la costituzione del p.m. sarebbe in «maggiore armonia con l’intero sistema»⁴⁵ e pertanto stigmatizza il fatto che «in maniera estremamente sbrigativa» la Corte sia invece giunta –con ord. n. 327/1995– a dichiarare l’irricevibilità dell’atto di costituzione del p.m., «non essendo prevista e disciplinata dalle norme generali ed integrative di procedura dinanzi alla Corte la costituzione, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, del pubblico ministero del giudizio principale».

Successivamente, la questione è tornata più volte, risultando affrontata con ampiezza nella sent. n. 1/1996, quando a fronte della richiesta di costituzione da parte del procuratore regionale della Corte dei conti, fondata anche sul combinato disposto degli artt. 23 e 25 della legge n. 87/1953 che dà la possibilità di costituirsi alle parti destinatarie della notificazione dell’ordinanza, la Corte ha precisato che «è proprio il

⁴⁵ *Aggiornamenti (1993-1995)*, cit., 102.

richiamo all'art. 23 che non consente di assimilare la posizione del pubblico ministero a quella delle parti in causa, trattandosi di soggetti ben distintamente individuati come separate figure destinatarie della notifica nell'ultimo comma della norma citata», proseguendo con l'affermazione per cui «la collocazione del pubblico ministero nel processo [è] del tutto peculiare, soprattutto allorché egli sia il titolare del potere d'impulso del processo stesso. Nella specie il procuratore regionale ha appunto l'esercizio dell'azione di responsabilità, e sempre agisce nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, assumendo un vero ruolo di "organo di giustizia"». Riportandosi, quindi, alla ricordata sent. n. 327/1995, la Corte conclude che «non è prevista né disciplinata dalle norme generali e dalle norme integrative di procedura dinanzi alla Corte la costituzione, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, del pubblico ministero del giudizio principale», risultando quindi impossibile «un'applicazione analogica della disciplina dettata per le parti».

Tale posizione è stata poi confermata nella sent. n. 361/1998, nella quale ultima, dopo avere ribadito le suddette argomentazioni, la Corte aggiunge che «la peculiarità del ruolo del pubblico ministero fa poi ritenere non irragionevole la scelta discrezionale del legislatore di distinguere tale organo rispetto alle parti del procedimento *a quo*, non prevedendone la legittimazione a costituirsi nel giudizio sulle leggi. Appare pertanto priva di fondamento la questione di legittimità costituzionale degli articoli 23 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui non contemplano il pubblico ministero tra i soggetti che possono costituirsi, prospettata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione», che peraltro il procuratore della Repubblica di Torino era ammesso ad illustrare nell'udienza pubblica.

1699

Un ultimo tentativo era stato poi fatto in occasione del giudizio di legittimità costituzionale sul "lodo Alfano", quando il pubblico ministero si era costituito con una memoria in cui contestava la pregressa giurisprudenza costituzionale sia rispetto agli argomenti basati sul dato normativo sia rispetto a quelli basati sulla posizione del p.m., evidenziando che impedendone la costituzione nel giudizio costituzionale la Corte gli negava la possibilità di far valere le proprie ragioni a sostegno di quei valori costituzionali alla cui tutela la stessa Corte riconosce volta l'attività

del P.M., senza considerare che in questo modo si violerebbe il principio di parità delle parti, sostenuto anche alla luce del nuovo art. 111 Cost.

La Corte, tuttavia, conferma la propria giurisprudenza, ritenendo non assimilabile la posizione del p.m. a quella delle parti e ritiene che la sua specificità non impone che gli siano riconosciuti, anche rispetto al processo costituzionale, gli stessi poteri delle parti private, ritenendo pertanto non irragionevole la sua esclusione dalla possibilità di costituirsi (ord. s.n. allegata alla sent. n. 262/2009).

Si tratta, per Romboli, di un'occasione per ribadire e rafforzare la critica alla Corte nell'escludere la costituzione del p.m. in quanto ciò non solo non sarebbe impedito, ma risulterebbe addirittura richiesto, dal dato normativo e risponderebbe sia alla collocazione del p.m. nel giudizio sia alla sua natura di "organo di giustizia", essendo per di più utile alla Consulta per attingere a maggiori elementi per la sua decisione⁴⁶.

1700

Infine, un cenno pare da dedicare a un'altra questione particolare emersa alcune volte nella giurisprudenza del lungo periodo affrontato dalle diverse edizioni degli *Aggiornamenti*, che è quella relativa al «diritto di intervenire in giudizio» da parte degli «organi dello Stato e delle Regioni», contemplato dalla «un po' misteriosa disposizione»⁴⁷ dell'art. 20, comma 2, della legge n. 87/1953.

La questione è stata affrontata nella sent. n. 350/1998, con cui è stato definito un giudizio nel quale aveva chiesto di costituirsi la Banca d'Italia, proprio invocando tale previsione. La Corte, intervenendo per la prima volta sulla questione, ne ha ridimensionato la portata, con una posizione che risulta all'Autore «senza dubbio più logica e razionale»⁴⁸, secondo la quale «questa disposizione stabilisce che gli organi dello Stato (e delle Regioni) hanno diritto di intervenire in giudizio, nel contesto della disciplina della rappresentanza e della difesa dinanzi alla Corte costituzionale, affidata, per il Governo, all'Avvocato generale dello Stato (terzo comma)

⁴⁶ *Aggiornamenti (2008-2010)*, cit., 95.

⁴⁷ *Aggiornamenti (1996-1998)*, cit., 113.

⁴⁸ *Aggiornamenti (1996-1998)*, cit., 114.

e, per le altre parti, ad avvocati abilitati al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione (primo comma)», per cui «anche quella relativa agli organi dello Stato è, dunque, una regola che riguarda la rappresentanza e difesa nel giudizio, giacché si stabilisce che non è richiesta, per tali organi, una difesa professionale. Ciò, tuttavia, non riguarda, né vale quindi a modificare, la disciplina della legittimazione ad essere parte o ad intervenire in giudizio», che peraltro la Corte riconnette, nel caso, alla qualità di parte nel processo principale, senza alcun riferimento alle pur ormai sussistenti eccezioni⁴⁹.

Tale posizione è peraltro stata successivamente ribadita nella sent. n. 163/2005 e nell'ord. s.n. allegata alla sent. n. 232/2006. In particolare, nella prima, la richiesta di costituzione era del Senato della Repubblica, in un giudizio avente ad oggetto la legittimità costituzionale della disciplina delle c.d. "intercettazioni indirette": in questo caso la Corte ha precisato che il ruolo di interventori *ex lege* è affidato esclusivamente al Presidente del Consiglio o della Giunta regionale, non essendo contemplata la possibilità di costituzione in giudizio di altri organi dello Stato.

1701

5. La difesa tecnica

Qualche, invero limitata, questione si è posta anche rispetto alla difesa tecnica, per la quale l'art. 20, comma 1, della legge n. 87/1953, prevede che «nei procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale la rappresentanza e la difesa delle parti può essere affidata soltanto ad avvocati abilitati al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione».

⁴⁹ La portata di questa affermazione, peraltro, parrebbe almeno in parte ridimensionata dalla successiva considerazione per cui «anche se, come vorrebbe la Banca d'Italia, si attribuisse all'art. 20, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 il significato del più ampio riconoscimento di un diritto di qualsiasi organo statale ad intervenire in qualsiasi giudizio, egualmente l'intervento della Banca d'Italia sarebbe inammissibile, perchè ad essa, quale esercente il servizio di tesoreria provinciale, non può essere attribuita l'asserita qualifica di organo dello Stato. Difatti, la gestione del servizio di tesoreria è affidata alla Banca d'Italia quale ente concessionario di pubblico servizio ed i rapporti con l'amministrazione dello Stato sono disciplinati, in base alla legge, mediante apposite convenzioni (v. legge 28 marzo 1991, n. 104), senza che in ragione della gestione di tale servizio l'ente venga a configurarsi come organo dello Stato», come notato da R. ROMBOLI, *Aggiornamenti (1996-1998)*, cit., 114.

Nonostante la inequivocità della disposizione, nel giudizio definito con sent. n. 154/1995, la parte si è costituita con un avvocato non cassazionista. La Corte ha, quindi, senza particolari sorprese, dichiarato la costituzione non valida, rigettando la questione di legittimità costituzionale della norma che prevede l'abilitazione al patrocinio di fronte alle giurisdizioni superiori, sollevata rispetto agli artt. 33, quinto comma, e 3 della Costituzione (quest'ultimo, sia per il profilo della ragionevolezza, sia per quello della disparità di trattamento), in quanto espressione di una razionale scelta del legislatore.

La questione è stata riproposta anche successivamente (sent. n. 173/1996), in relazione agli artt. 3, 24 e 33 Cost., in quanto la norma limiterebbe, o renderebbe comunque eccessivamente gravose, le possibilità di difesa della parte, incidendo anche sulle possibilità economiche della parte, potendo impedire, per giunta, l'unitarietà e continuità della prestazione professionale e con essa l'efficienza della difesa tecnica.

1702

Anche in questo caso, tuttavia, pur non essendo stata accolta l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato sul presupposto che la questione sarebbe stata introdotta da un soggetto non abilitato al patrocinio in quella sede, la Corte ha dichiarato l'infondatezza, ritenendo non potersi contestare «la legittimità di una tale scelta legislativa che si basa su una valutazione diretta precisamente ad assicurare, mediante la previsione di un titolo abilitativo, il possesso di requisiti attitudinali, proprio in garanzia di una efficienza della difesa tecnica in armonia con l'art. 24 della Costituzione». Peraltro, prosegue la Corte, «le considerazioni della difesa della parte privata secondo cui il diritto di difesa sarebbe reso oltremodo oneroso e difficile qualora fosse preclusa la partecipazione, in una fase incidentale del giudizio, del difensore che ha iniziato il giudizio stesso (avanti al giudice a quo), sono prive di fondamento. Infatti, trattasi di un giudizio (ancorché incidentale) di legittimità costituzionale, che si svolge in un livello superiore, con regole e norme procedurali diverse anche per quanto attiene alla qualificazione dei difensori, che sono su un piano differente rispetto a quello della difesa avanti ad altri giudici». Per cui la conclusione è che «a queste norme proprie del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale (e alle giurisdizioni superiori)

deve conformarsi sia l'esercizio del diritto di difesa dell'avvocato che voglia esercitare il patrocinio avanti alla Corte costituzionale, sia la libera scelta del difensore ad opera delle parti».

La necessità di farsi assistere da un avvocato patrocinante in Cassazione è stata poi ribadita dalla Corte con ord. n. 136/2018, in cui la parte si era costituita addirittura personalmente.

Viceversa, nel giudizio definito con sent. n. 249/1995, è stato accettato che la difesa fosse assunta da un avvocato di cittadinanza spagnola, a seguito della valutazione circa la presenza dei requisiti (pur comunque in presenza di un co-difensore italiano), in quanto l'art. 8 della legge n. 31/1982 ammette al patrocinio di fronte alla Corte di cassazione gli avvocati di Stati membri della Comunità europea che dimostrino di avere esercitato la professione per almeno otto anni o di essere ammessi al patrocinio di fronte a giurisdizioni corrispondenti nello Stato di provenienza.

Quanto alla difesa tecnica assicurata –per il Presidente del Consiglio dei ministri– dall'Avvocatura generale dello Stato, nel caso di cui alla sent. n. 100/1997, la Corte ha stigmatizzato come fosse stato inappropriato, da parte della stessa riportarsi integralmente all'atto depositato in altro giudizio considerata la diversità tra le due questioni⁵⁰.

Come ultima questione affrontata negli *Aggiornamenti* rispetto alla difesa tecnica, possiamo ricordare come sia ritenuta inammissibile la costituzione in proprio del difensore, anche per questioni attinenti all'esercizio della difesa tecnica, «dal momento che esso si viene a configurare come rappresentante della parte e non come parte del giudizio principale»⁵¹ secondo quanto affermato nella sent. n. 16/1995 e poi ribadito in termini sostanzialmente analoghi nell'ord. n. 163/2002.

⁵⁰ *Aggiornamenti* (1996-1998), cit., 120.

⁵¹ Il giudizio aveva ad oggetto la legittimità costituzionale delle disposizioni che limitano ai soli difensori di fiducia (e non anche a quelli di ufficio) di madrelingua diversa da quella del processo di svolgere nella propria lingua gli interventi orali, con verbalizzazione nella lingua del processo. In precedenza, l'esclusione del difensore in proprio era stata già

6. La riforma delle Norme integrative e i primi decreti di ammissione degli *amici curiae*

Come abbiamo ricordato, l'8 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha approvato una modifica delle Norme Integrative, annunciata con un comunicato stampa rispetto al quale Romboli sembra far trasparire qualche perplessità⁵², dal titolo sicuramente ad effetto: «La Corte si apre all'ascolto della società civile», la cui impostazione molto mediatica (del resto si tratta, in effetti, di un comunicato stampa) risulta ancora più netta nel primo periodo, stando al quale «anche la società civile, d'ora in poi, potrà far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla Corte costituzionale».

Si tratta, in realtà, come già ricordato nel par. 1, di una modifica che riguarda l'intervento di terzi nel giudizio in via incidentale, l'accesso agli atti processuali dei terzi che hanno chiesto di intervenire, la presentazione di opinioni da parte di *amici curiae*, e, infine, la possibilità di convocazione di «esperti di chiara fama».

1704

Come già detto, la novità probabilmente più rilevante è costituita dall'art. 4-ter N.I., in base al quale, «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di remissione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta».

La relazione della Presidente della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del 2019 ha posto in luce come la disposizione in questione abbia l'obiettivo di «offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme».

affermata con ordinanza dibattimentale pronunciata nell'ambito del giudizio definito con sent. n. 97/1970.

52 *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

La posizione degli *amici curiae* è comunque diversa rispetto a quella i terzi ammessi a intervenire, perché essi non assumono qualità di parte, e quindi non possono ottenere copia degli atti né partecipare all'udienza. Ciò porterà –immagina Romboli⁵³– molti dei soggetti che finora hanno avanzato richiesta di intervento, soprattutto portatori di interessi collettivi, a formulare sia una richiesta di vero e proprio intervento, sia un'opinione scritta ex art. 4-ter N.I., per le quali il termine è il medesimo.

Romboli si mostra perplesso circa l'ampia discrezionalità riconosciuta, dal comma 3 dell'articolo in questione, al Presidente della Corte, sentito il giudice relatore, nell'ammettere le opinioni solo quando offrano «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». Certamente, è presto per valutare gli effetti della riforma, ma non pare inimmaginabile che il nuovo sistema si allontani dalla logica della tutela degli interessi ex art. 24 Cost., per approdare più alla logica dell'indagine conoscitiva, certamente presente nella consultazione degli esperti, ma che, per alcuni versi, potrebbe emergere anche attraverso le memorie dei semplici *amici*, soprattutto se limitati –come dice la norma– a formazioni sociali senza scopo di lucro e a soggetti istituzionali.

1705

Per il momento, le richieste di ammissione giunte alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 4-ter delle N.I., che non sono state poche, risultano essere state presentate quasi esclusivamente nell'ambito di giudizi in via incidentale (nell'ambito del giudizio in via principale segnalandosi la questione relativa alle aperture domenicali nella Provincia di Trento, di cui al reg. ricorsi n. 74/2020, salvo se altri). Le richieste provengono da varie associazioni, spesso essendo più di una a chiedere di intervenire nello stesso giudizio (talvolta, come nel caso di cui all'ord. n. 99/2020, relativo al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero attestante il legame di filiazione dal genitore intenzionale non biologico, legato al genitore biologico da matrimonio celebrato all'estero, di un minore nato, all'estero, con le modalità della gestazione per altri, anche –pare

53 *Aggiornamenti (2017-2019)*, cit.

di comprendere— con posizioni differenti). Le richieste risultano essere generalmente state dichiarate ammissibili con decreto del Presidente, sentito il relatore, salvo che in caso di tardività (ord. n. 132/2020). Tuttavia, nelle decisioni (ad es. nn. 234, 260 e 278/2020), per il momento, non è stato dato particolare conto delle opinioni espresse dai suddetti *amici curiae*.

La possibilità di utilizzo di questo strumento ha costituito un'ulteriore argomentazione per escludere una vera e propria costituzione in giudizio da parte di soggetti portatori di interessi diffusi (ordd. nn. 37 e 202/2020), sembrando così confermare quanto notato da Romboli negli ultimi *Aggiornamenti* circa il fatto che, rispetto all'esigenza di un più solido ancoraggio delle scelte sugli interventi in giudizio, non sembrava potersi attendere molto dal pur assai enfaticizzato ultimo intervento sulle Norme Integrative. In effetti, ribadire in tale sede quanto sostanzialmente affermato ormai da anni, per cui l'intervento presuppone un «interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto dedotto in giudizio», non sembra poter contenere la discrezionalità della Corte nella valutazione sulla sussistenza del suddetto interesse, che poi ha costituito la ragione delle oscillazioni.

1706

Peraltro, Romboli ha evidenziato come la recente riforma delle Norme integrative induca a riflettere sull'opportunità, sempre al fine di una migliore tutela delle posizioni giuridiche soggettive alle quali le strettoie del giudizio incidentale possono essere d'ostacolo, di procedere anche ad un ampliamento delle vie di accesso. In proposito, egli, oltre a ribadire la propria nota contrarietà al ricorso diretto, mostrando invece, una certa disponibilità a valutare il ricorso delle minoranze parlamentari, esprime una certa preoccupazione per la preservazione della natura giurisdizionale della Corte. Infatti, negli ultimi *Aggiornamenti*, conclude su questo punto dicendo che «sarebbe da augurarci che l'apertura alla società civile ed il riferimento alla fiducia da parte dell'opinione pubblica sulla base dei risultati raggiunti, non distraga l'attenzione dalla necessità di dotare la nostra Corte costituzionale, al pari di quanto accaduto per altri Giudici costituzionali confratelli, di strumenti idonei a raggiungere quei risultati senza dover per questo perdere la propria natura di “giudice”, quale fondamento della propria legittimazione».

La cuestión prejudicial como instrumento de diálogo

¿Incluso para el Tribunal Constitucional Federal Alemán?

✉ SABRINA RAGONE*

1. La cuestión prejudicial como instrumento de diálogo: premisa (y una nota personal)

El título del presente texto parafrasea el encabezamiento de un trabajo del homenajeado, profesor Romboli, del año 2014, en el que él mismo se interrogaba acerca del valor dialógico del mecanismo prejudicial, dedicando especial atención a la reciente (entonces) decisión de varios tribunales constitucionales, entre ellos el alemán, el italiano y el español, de recurrir a este instrumento entablando un intercambio con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (ROMBOLI, 2014, p. 1 ss.).

1707

A la hora de elegir un tema para mi contribución a estas actas, no podía sino elegir un tema de justicia constitucional. En efecto, escribir este capítulo no puede sino llevar mi pensamiento al (lejano) 2006, año en el que empecé el doctorado en justicia constitucional y derechos fundamentales en la Universidad de Pisa, en la cual el homenajeado, poco más tarde, ocupó el cargo de director. Además, el profesor Romboli fue “mi director” de tesis, como siempre recuerda cuando coincidimos en eventos académicos con algún comentario irónico (y los que le conocemos sabemos que no

* Profesora titular de Derecho Público Comparado en la Università di Bologna. sabrina.ragone2@unibo.it

podría ser de otra manera). Las experiencias de los años del doctorado, los seminarios, los encuentros con los docentes y los compañeros, las discusiones en las que “voluntariamente” teníamos que intervenir, los juicios constitucionales simulados, los congresos anuales del *Gruppo di Pisa*, sin duda se sitúan entre aquellos momentos que han reforzado mi deseo de quedarme en la academia. Recuerdo las veces en las que el Prof. Romboli nos ha regañado, pero también las que nos ha alabado; recuerdo la discusión de la tesis doctoral con el orgullo y la emoción que suponía que alguien te tomase en serio, de verdad, independientemente de tu edad y posición. Hay algunas cosas en las que siempre estaremos de acuerdo, desde el amor por el fútbol hasta el amor por el derecho, la enseñanza y el estudio, con la felicidad del descubrimiento de un argumento o una idea nueva.

1708

Este trabajo tiene, entonces, la aspiración de analizar (a la luz de las reflexiones expresadas en aquel trabajo por el homenajeado acerca del diálogo derivado de la cuestión prejudicial) hasta qué punto dichas reflexiones se pueden aplicar todavía al Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), especialmente a raíz de su reciente sentencia de 5 de mayo de 2020.

La decisión mencionada no ha sorprendido particularmente a los conocedores de la actitud “defensiva” del TCFA respecto de normas, actuaciones y actos europeos, puesto que sus disonancias han tenido un impacto, a lo largo de las décadas, en la evolución conceptual y material de las relaciones entre el sistema constitucional alemán y el ordenamiento europeo. En consecuencia, la sentencia de 2020 se basa en la jurisprudencia y en la doctrina anterior relativa a la integración europea, herederas ambas de la construcción dogmática alemana.

A pesar de tener raíces en el pasado, el pronunciamiento en el que se va a fijar la atención resulta aún más crítico de lo esperado, en particular con respecto a aquella jurisprudencia en la que el propio TCFA había abogado por una actuación *europarechtsfreundlich*, es decir, “amigable” hacia el derecho de la Unión Europea (UE)¹, restringiendo su margen de interven-

1 Acerca de este concepto véase ZILLER (2010, p. 157).

ción a los casos de violaciones de la competencia, por parte de la institución europea interesada, que tuvieran naturaleza manifiesta y estructural, y, más recientemente, reafirmando su deber de cooperación leal con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)². Como bien lo describe Romboli en su texto de 2014, cuatro años antes³, el TCFA había reconocido la primacía de la aplicación del Derecho de la Unión y había reivindicado para sí mismo un poder limitado y de todas formas a favor del derecho europeo. Por ello, en principio, antes de dictaminar que un acto europeo es *ultra vires*, el TCFA debería permitir la interpretación y la evaluación de la validez del acto mismo por parte del TJUE, en el marco del procedimiento prejudicial *ex art. 267* del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en “una lógica de cooperación y diálogo, [según la cual] el Tribunal de Justicia es responsable de interpretar la medida adoptada y el Tribunal Federal de constatar que el núcleo irrenunciable de la identidad constitucional no es invadido por el acto europeo, tal y como es interpretado por el Tribunal de Justicia” (ROMBOLI, 2014, p. 23).

1709

Esta lógica de cooperación y diálogo, sin embargo, también debería reflejarse en las “formas” adoptadas por ambos tribunales, y con respecto a las ocurrencias de este año, cabe dudar que así haya sido.

Es verdad que existe un debate doctrinal sobre los efectos económicos de las medidas enjuiciadas y que se discute sobre numerosos aspectos jurídicos de los mismos⁴, empero es indudable que el TCFA ha tomado una decisión perentoria en contra del TJUE y del Banco Central Europeo (BCE) que justamente se caracteriza por su inusitada “dureza” (ROCA, 2020, p. 2847) mucho más que por su tono dialógico. El tono de la sentencia es muy poco “amigable”, que contiene una serie de acusaciones lapidarias que no buscan entrar en un diálogo con el TJUE, sino criticar tajantemente su actuación. Los jueces de Karlsruhe definen los

2 Véase la decisión del Segundo Senado del 7 de junio de 2000 (2 BvL 1/97), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2000/06/l20000607_2bvl000197.html.

3 Véase la decisión del Segundo Senado del 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06), https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20100706_2bvr266106en.html.

4 Cfr. el párrafo 113 de la sentencia.

razonamientos de este último como metodológicamente insuficientes⁵ y las motivaciones proporcionadas como objetivamente arbitrarias⁶ e insostenibles⁷, hasta el punto que vaciarían de contenido y utilidad el principio de proporcionalidad⁸.

2. La sentencia del TCFA de 2020

2.1. Antecedentes y contexto

Para comprender los precedentes, los contenidos y los efectos de esta sentencia, es indispensable partir del examen de cómo ha evolucionado, especialmente a raíz de la crisis económica de 2008, la participación del BCE en la gobernanza económica de la eurozona, hasta llegar a la consolidación de nuevas competencias y al empleo de “medidas atípicas”. En especial, la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios se ha transformado en un mecanismo esencial de la política monetaria perseguida por el BCE y ha sido avalada por la jurisprudencia del TJUE en distintas ocasiones.

1710

En general, la crisis económica de la eurozona desplazó al BCE a “otra dimensión” (FROMAGE, DERMINE, NICOLAIDES & TUORI, 2019, p. 4), que va más allá del mantenimiento de la estabilidad de precios, su cometido principal conforme al TFUE, enfocándose sustancialmente en el apoyo a las políticas económicas generales de la UE. En efecto, el margen de maniobra del que goza el BCE también depende de la preponderancia otorgada, en los Tratados, a los “fines” más que a los “instrumentos” concretos a emplear (JĘDRZEJOWSKA-SCHIFFAUER & SCHIFFAUER, 2016, p. 200). Ni siquiera estos definen la fórmula “política monetaria” de la UE como algo exclusivamente aplicable a la UE como tal, y no al espacio europeo incluidos los Estados miembros.

5 Cfr. el párrafo 153 de la sentencia.

6 Cfr. el párrafo 112 de la sentencia.

7 Cfr. el párrafo 117 de la sentencia.

8 Cfr. los párrafos 127 y 138 de la sentencia.

Las actuaciones emprendidas por el BCE en los años de la crisis han planteado, en consecuencia, dudas acerca de su vertiente “política” y en consecuencia de su déficit democrático (HINAREJOS, 2015; HÖGENAUER & HOWARTH, 2019), en un contexto de cada vez mayor revalorización de su rol en las relaciones con los Estados miembros. Es suficiente pensar en su involucración dentro de la denominada “Troika” junto con la Comisión Europea y el Fondo Monetario Internacional (véase el Tratado MEDE); en los mecanismos de supervisión, a veces bajo iniciativa de la Comisión; o en la llamada Cumbre del Euro, tras su formalización en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza.

Más allá de otras medidas no convencionales como proporcionar liquidez a bajo precio a Banco Centrales nacionales como fue en el caso de Chipre (posteriormente, cfr. el acuerdo de asistencia de liquidez de emergencia de 2017), la actuación que más ha sido criticada es justamente la compra de bonos soberanos en mercados secundarios, desde su primera implementación entre 2009 y 2010. La adquisición de estos instrumentos financieros en mercados secundarios es relevante en la medida en que subsiste una prohibición, en el art. 123 TFUE, con respecto a la compra directa de deuda emitida por gobiernos nacionales, autoridades regionales y locales y autoridades públicas, de organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros.

1711

El cuestionamiento de este tipo de procedimiento se fundamenta en la idea de que se haya usado como instrumento para sortear la prohibición misma y más en general en que pueda afectar el marco constitucional de la UE, como lo demuestra la sentencia del TCFA sobre la asistencia financiera a Grecia⁹. Sin embargo, medidas parecidas se aplicaron a la compra de “bonos garantizados” de Italia y España en el marco del programa *Securities Markets Programme* (SMP), hasta llegar al programa *Outright Monetary Transactions* (OMT) en 2012.

9 Véase la decisión del Segundo Senado del 7 de septiembre de 2011 (2 BvR 987/10), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2011/09/rs20110907_2bvr098710en.html.

Ya este mismo año, con referencia a la reforma del art. 136 TFUE y la ratificación del MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad) y del TCEG (Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza), el TCFA declaró rotundamente que la compra de bonos en mercados secundarios no se podría considerar aceptable, si fuese dirigida a financiar las economías nacionales¹⁰.

El programa OMT fue objeto, además, de un recurso específico, por sus consecuencias potenciales sobre los ciudadanos alemanes y su impacto sobre el rol presupuestario de la Cámara baja, tradicionalmente defendido por el TCFA como elemento democrático. El mismo planteó cuestiones prejudiciales al TJUE con referencia a la violación del art. 123 TFUE y a su naturaleza *ultra vires*¹¹. En el conocido asunto C-62/14, *Gauweiler* (junio de 2015), el TJUE consideró que tanto el TFUE como los estatutos del SEBC (Sistema Europeo de Bancos Centrales), permitirían al BCE implementar un programa como el OMT en el marco de sus posibles actuaciones técnicas (para. 68), con lo cual tampoco habría vulneración del principio de proporcionalidad (para. 99)¹².

1712

Sin embargo, la discusión acerca del alcance y límites de estos programas no ha perdido su *momentum*, pues no se ha tratado de un caso aislado. Justo poco antes de la sentencia citada, el BCE adoptó (Decisión UE 2015/774) un nuevo programa de compra de bonos en mercados secundarios llamado *Public Sector Purchase Programme* (PSPP). El TCFA planteó cinco nuevas cuestiones, lamentando la violación de normas

10 Véase la resolución del 12 de septiembre de 2012 del Segundo Senado (2 BvR 1390/12), para. 174, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/09/rs20120912_2bvr139012en.html. En realidad, es difícil sostener que las actuaciones del BCE no tengan efectos económicos de todas maneras: cfr. Simon (2015).

11 Véase la resolución del 14 de enero de 2014 del Segundo Senado (2 BvR 2728/13), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html. Al respecto, Caponi (2014, pp. 469-478) y De Martino (2014, pp. 1-15). Claro está que no existe un automatismo con respecto a la extralimitación por parte del BCE. Cfr. JĘDRZEJOWSKA-SCHIFFAUER & SCHIFFAUER (2016, p. 201) sobre la difícil distinción entre política económica y monetaria.

12 Sobre las implicaciones sistémicas de la decisión, véanse CARDONE (2015); PISANESCHI (2015) y FABBRINI (2016); sobre la cuestión de la identidad constitucional, DENNINGER (2016, p. 259 ss.).

europas de manera muy parecida al caso anterior¹³, y solicitando especificaciones de elementos que el TJUE había afrontado de manera tangencial e insatisfactoria en su sentencia de 2015.

La respuesta del TJUE, asunto C-493/17, *Weiss*, adoptada el 11 de diciembre de 2018, en consecuencia, retomó algunos aspectos esbozados en la jurisprudencia anterior, desde las fronteras de la política económica con respecto a la monetaria (declarándose que el PSPP encajaba dentro de la segunda), hasta el respeto del principio de proporcionalidad. Sobre este último punto, el TJUE concluyó que el programa, teniendo en cuenta los fines a alcanzar, era proporcionado, ya que el BCE había elaborado una serie de condiciones en términos de duración y volumen de compra como garantías (para. 100). Asimismo, se le pedía que valorase y definiese el deber de motivación de los actos de la UE. Al respecto, el TJUE consideró que ésta no tiene que abarcar todas las razones fácticas y jurídicas especialmente con referencia a cada una de las decisiones técnicas adoptadas por el BCE, debiéndose tener en cuenta también el tipo de acto, su contexto y las normas sobre la materia (paras. 31-33). Por lo tanto, los documentos que el BCE había proporcionado con respecto al PSPP eran suficientes. Tampoco consideró el TJUE vulnerado el art. 123 TFUE, porque se trataría de incentivos a los Estados para tener presupuestos sólidos y no se afectaría el hecho de que la principal fuente de financiación para estos sería el mercado (paras. 135-141; cfr. MOOIJ, 2019).

1713

Para contextualizar la sentencia de 2020, resulta útil asimismo recordar muy brevemente que, desde hace décadas, el TCFA ha sembrado las semillas de los argumentos que se encuentran en la sentencia reciente, afirmando que se abstendría de ejercer jurisdicción sobre las actuaciones de las instituciones europeas y, de hecho, sobre las normas de derecho comunitario a condición de que (*solange*) las mismas garantizaran un nivel

13 Véase la resolución del 18 de julio de 2017 del Segundo Senado (2 BvR 859/15), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/07/rs20170718_2bvr085915en.html.

de protección de los derechos compatible con la Constitución alemana¹⁴ y no hubiese extralimitaciones (GRIMM, 2020, p. 944; WENDEL, 2020, p. 979).

En las decisiones relativas a los Tratados de Maastricht y de Lisboa, ya se aclaraban temas esenciales para comprender la evolución de la jurisprudencia del TCFA¹⁵. En particular, se examinaba el alcance inviolable del principio democrático (según la perspectiva alemana) y se afirmaba la misión del mismo Tribunal de verificar que las actuaciones de las instituciones europeas se desarrollaran dentro de las competencias asignadas. Así, el mismo TCFA “erigió una muralla a la progresión de la integración que alertaba de lo que iba a hacer: su oportunidad en mayo de 2020” (MANGAS MARTÍN, 2020, p. 4), precedida por las dudas que planteó en las cuestiones prejudiciales con respecto a las medidas adoptadas por el BCE a raíz de la crisis económica. Por todo ello, los contenidos de la sentencia que aquí se comentan estaban anticipadas en las decisiones anteriores, o también con respecto al OMT¹⁶.

1714

2.2. Los argumentos principales

Ahora bien, con su sentencia del 5 de mayo de 2020, el TCFA ha transformado las amenazas y avisos que llevaba años mandando al TJUE en una decisión en la que persigue actuar como el guardián de la integración europea, vigilando justamente las conductas *ultra vires* de sus instituciones¹⁷ y, de alguna manera, defendiendo la esencia de la Constitución alemana. En dicha sentencia, el TCFA básicamente suspendía la vinculatoriedad para Alemania de la citada decisión del Tribunal Europeo,

14 Véanse las dos sentencias conocidas como *Solange I*, 2 BvL 52/71, del 29 de mayo de 1974 (BVerfGE 37, 271) y *Solange II*, 2 BvR 197/83, del 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339).

15 Para el análisis de la evolución hasta 2010 de la jurisprudencia con referencia a la protección de derechos, véase GONZÁLEZ PASCUAL (2010, pp. 124-146).

16 Para una reconstrucción completa, véase también SÁINZ DE VICUÑA y BARROSO (2016, p. 1067).

17 BVerfG, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, decisión del Segundo Senado del 5 de mayo de 2020, www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html.

de diciembre de 2018 (para. 163), a no ser que se integrase la justificación del programa PSPP (Public Sector Purchase Programme) y se motivase la proporcionalidad de las medidas en un plazo de tres meses.

Desde una perspectiva sustancial, lo que el TCFA hace es averiguar la validez de normas europeas en su relación con las normas constitucionales nacionales. Sin embargo, basa desde siempre su razonamiento en el control del respeto, por parte de los órganos políticos alemanes, de sus obligaciones constitucionales internas: el hecho de que se involucren en el juicio normas europeas sería, así, algo secundario.

Es interesante que Italia hubiese solicitado en 2017 que la cuestión prejudicial fuese inadmitida, alegando que el TCFA intentaba así entrar a juzgar la validez de un acto de la UE desvirtuando la naturaleza de la cuestión prejudicial; sostenía, además, que el mismo Tribunal no reconocía valor vinculante a la futura decisión del TJUE, erigiéndose a juez último de la interpretación y validez de las normas europeas conforme a los estándares alemanes. El TJUE desestimó esta solicitud recordando, por un lado, que sus decisiones son vinculantes para el juez nacional que las solicita y admitiendo, por otro lado, que cabe la posibilidad de una cuestión prejudicial planteada en un caso en el que, de manera incidental, se pone en duda la validez de un acto de la UE.

1715

De nuevo, el TCFA usa los argumentos de la motivación carente de las actuaciones del BCE, de su extralimitación y de su falta de proporcionalidad.

En primer lugar, como se acaba de ver, el TCFA lamentaba que las medidas relacionadas con el PSPP carecían de una motivación específica con respecto a necesidad, entidad y duración en su relación con la política monetaria y los efectos para la política económica. Considera ahora que la respuesta del TJUE es insuficiente a su vez, ya que no proporciona un análisis detallado de la motivación misma, ni argumenta correctamente sobre el punto¹⁸.

18 Críticos sobre esta parte de la sentencia del TJUE MANGAS MARTÍN (2020, p. 8) y GALETTA & ZILLER (2020, p. 179).

En segundo lugar, creía que el BCE no tenía una competencia específica para adoptar aquellas medidas y que no había justificado por qué no estaba actuando con instrumentos coherentes con su mandato monetario (principal), de mantenimiento de la estabilidad de los precios, en lugar de emplear instrumentos que invadían la competencia económica y fiscal de los Estados Miembros situándose así *ultra vires*¹⁹. La decisión del TJUE, en opinión del TCFA, no proporciona argumentos convincentes, y además los jueces europeos habrían renunciado a desempeñar su rol de guardianes de los Tratados, consintiendo una expansión ilegítima de los poderes del BCE (paras. 162 y 163). Con referencia al principio de proporcionalidad conforme al art. 5 TUE, el TCFA critica la ausencia en la sentencia del TJUE de un análisis de los efectos económicos y le reprocha su autolimitación al examen de los excesos *manifestos* por parte del BCE y de posibles efectos adversos también *manifiestamente* desproporcionados con respecto al objetivo perseguido.

1716

La ponderación equivocada realizada por el BCE se quedaría así exenta de control jurisdiccional, y ello, para el TCFA, es inaceptable. Finalmente, además de contestar la actuación del BCE, como resulta evidente en los argumentos que se ha resumido brevemente, el TCFA critica duramente al TJUE, acusándole también de conductas *ultra vires*, pues define partes de la sentencia de 2018 como incomprensibles, arbitrarias y básicamente extrañas a su mandato judicial.

A nivel nacional, un elemento de interés de este caso está representado por el cortocircuito democrático que ha supuesto, porque se ha creado una suerte de conflicto entre dos bandos, es decir, entre ciudadanos apoyados por el TCFA, y por el ejecutivo y legislativo federales.

En efecto, lo que ha desencadenado los hechos fueron los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), planteados en Karlsruhe por Heinrich Weiss y otros, entre ellos, Bernd Lucke (uno de los fundadores del partido *Alternative für Deutschland*), y el miembro de la CSU (*Christlich-Soziale*

19 Una reconstrucción crítica al respecto puede encontrarse en PACE (2020, p. 299); SCHNEIDER (2020, p. 968) intenta individualizar los aspectos positivos de dicha doctrina.

Union) bávara Peter Gauweiler, con el apoyo del profesor Markus Kerber. El objetivo fundamental era evitar que se llegase a compartir los riesgos dentro del sistema UE, afectándose así los equilibrios entre ganancias y pérdidas de los Bancos centrales y, en consecuencia, vulnerando la identidad constitucional alemana conforme al art. 79.3 de la Constitución (que protege el núcleo duro de la misma). Según ellos, si los efectos económicos de recapitalización de los bancos centrales hubiesen sido de tal envergadura, habría sido necesaria la involucración del Bundestag; órgano, éste, que no se había opuesto a la compra de bonos hasta el momento (ni lo había hecho el Gobierno Federal).

Si bien el TCFA no sancionaba en mayo la inercia de los órganos políticos nacionales y no llegaba a declarar su responsabilidad por omisión, los consideraba, empero, obligados a oponerse al PSPP en su forma actual. Les ordenaba que, junto con el Banco Central alemán (Bundesbank), consiguieran por parte del BCE una decisión que justificase, de forma comprensible y comprobada, que los fines de política monetaria que el PSPP pretendía alcanzar no iban a tener efectos desproporcionados por lo que atañe a las políticas económica y fiscal. En caso contrario, el mismo Bundesbank no estaría facultado para tomar parte en la aplicación del sistema, no pudiendo ya adquirir bonos y estando obligado a vender aquellos que ya posea. En otras palabras, puesto que a ninguna autoridad alemana se le puede exigir implementar o ejecutar actos europeos *ultra vires*, transcurrido el plazo de tres meses que el TCFA estimaba suficiente para una coordinación del Eurosistema, las obligaciones de participación en el PSPP habrían caducado. Un verdadero ultimátum establecido por el TCFA para las instituciones europeas (TESAURO & DE PASQUALE, 2020, p. 14).

1717

Finalmente, teniendo en cuenta la actitud general del TCFA, en términos teóricos y absolutamente generales, es de apreciar que en los casos analizados éste haya planteado cuestiones prejudiciales, sin proceder a interpretar de manera unilateral las normas de derecho de la UE (SÁINZ De VICUÑA y BARROSO, 2016, p. 1095), lo cual demuestra una parcial superación de la actitud totalmente reacia al diálogo que en el pasado había mantenido (RAGONE, 2011). Y, para individualizar una vertiente

positiva del asunto, quizás su intervención pueda servir para reabrir el debate político sobre una capacidad fiscal de la UE que refuerce y legitime las actuaciones del BCE de los últimos años (CAFARO, 2020), aunque no parece muy probable.

Sin embargo, la sentencia del TCFA presenta claramente una serie de problemas metodológicos, desde una perspectiva jurídica, y otros de oportunidad, desde una perspectiva política.

Por un lado, y por muy obvio que pueda parecer, si bien la decisión del TJUE de diciembre de 2018 tenía una motivación perfectible, ninguna norma permite no acatarla por estar mal escrita. Además, como señaló el Abogado General en sus conclusiones sobre el caso *Gauweiler*, si se reconociese a cualquier tribunal constitucional nacional la posibilidad de seleccionar las sentencias europeas vinculantes, se rompería el pacto constitucional que subyace a la construcción europea, que tiene entre sus fundamentos la cesión al TJUE de la “competencia sobre las competencias” (*Kompetenz-Kompetenz*). Así, la sentencia quebraría “la primacía del derecho de la UE, la unidad del ordenamiento común y la seguridad jurídica”, al cuestionar la autoridad del órgano jurisdiccional a cargo de la interpretación y aplicación de los Tratados (MANGAS MARTÍN, 2020, p. 11). Al mismo tiempo, representaría un peligroso precedente para tribunales y gobiernos críticos con la integración europea y proclives a argumentos “nacionalistas”, como es el caso de Polonia y Hungría (CARAVITA, CONDINANZI, MORRONE & POGGI, 2020, p. xii), que ya han seguido el ejemplo, como se verá a continuación.

Si se tiene en cuenta el parámetro empleado en el juicio, al declarar la “inconstitucionalidad” (en parte) del programa PSPP, el TCFA estaría vulnerando el derecho de la UE y la seguridad jurídica (MANGAS MARTÍN, 2020: 7-8) y más en general el principio básico del derecho internacional, *pacta sunt servanda* (TESAURO & DE PASQUALE, 2020, p. 18).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la valoración del TCFA se basa en una “entelequia”, es decir, la distinción entre política monetaria y política económica (LOZANO CUTANDA, 2020, p. 3; en un sentido parecido, JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ,

2020), y cae en una contradicción lógica; ello porque considera ilegítimo el programa PSPP por falta de ponderación y proporcionalidad en las evaluaciones del BCE. Sin embargo, el TCFA no puede, *a priori*, asegurar que esta ponderación no haya tenido lugar; solo puede constatar que no le es posible averiguarlo. Según la doctrina, este razonamiento esconde la verdadera finalidad de la sentencia (PACE, 2020, p. 307).

Las mismas indicaciones que el TCFA da al BCE parecen ser una extralimitación del primero (CIANCIO, 2020, p. 35), al configurarse como una “instrucción” que viola la independencia del segundo conforme al art. 130 TFUE²⁰. El TCFA manifiesta una actitud opuesta a la del TJUE, que en la sentencia *Weiss* había reconocido un margen amplio de apreciación para el Sistema Europeo de Bancos Centrales y se había centrado en averiguar si las decisiones del BCE estaban motivadas y no presentaban errores manifiestos de apreciación. El TJUE confiaba así en la diligencia y precisión del BCE a la hora de elegir e implementar los medios técnicos necesarios.

1719

Políticamente, la sentencia del TCFA es atacable, como mínimo, por su “inoportunidad” en una fase tan delicada y decisiva de la integración europea y de los equilibrios entre los Estados (CARAVITA, CONDINANZI, MORRONE & POGGI, 2020, p. iv; menos críticos ROVETTA & SMIATACZ, 2020, p. 435). Con argumentos similares, se ha criticado que el TCFA, tras reprocharle al BCE haber actuado sin tener en cuenta los efectos sobre la política económica, adoptase una sentencia que, aun cuando se pudiese considerar parte de sus competencias (lo cual es cuestionable), “no ha medido adecuadamente sus efectos colaterales

20 Textualmente: “en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones”. Véanse WACHTEL & BLEJER, 2020.

económicos, jurídicos y políticos en un momento especialmente crítico” (LOZANO CUTANDA, 2020, p. 6). En términos generales, la decisión del TCFA se superpone y opone al resultado de meses de negociaciones y actuaciones diplomáticas en el seno de las instituciones europeas, transfiriendo a nivel de UE una visión puramente alemana de la proporcionalidad, sin realizar una ponderación adecuada de los intereses en juego ni de los efectos positivos (POIARES MADURO, 2020).

Por todo ello, las reacciones de las instituciones europeas no se han hecho esperar.

El mismo día, el BCE difundió un comunicado de prensa en el que, de manera sintética pero concluyente, revalidaba su compromiso para hacer todo lo necesario, dentro de su mandato, para asegurar que la inflación siguiera situándose en un nivel coherente con sus fines a medio plazo, y recordaba que el TJUE ya había confirmado que estaba actuando dentro de su competencia relativa a la estabilidad de precios en la sentencia de 2018. La presidenta Lagarde añadía que los referentes principales serían, en todo caso, el Parlamento Europeo y el TJUE.

1720

Tres días más tarde, el TJUE, a su vez, hizo público un comunicado de prensa bastante insólito²¹, en el que, tras reiterar que nunca hace comentarios acerca de las decisiones adoptadas a nivel estatal, recordaba (al TCFA) que sus sentencias dictadas con carácter prejudicial son vinculantes, para el órgano judicial nacional, en la resolución del litigio principal; que el derecho de la UE tiene primacía sobre los derechos nacionales y que solo el mismo TJUE puede juzgar la validez de los actos europeos. Justificaba su intervención por haber recibido numerosas solicitudes de aclaraciones después de la sentencia alemana y anticipaba que no difundiría comunicaciones posteriores al respecto.

El mismo TJUE habría sido competente si la Comisión hubiese decidido abrir un procedimiento de infracción, conforme al art. 258

21 Véase el Comunicado de prensa n. 58/20 del Tribunal de Justicia de la UE, del 8 de mayo de 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058es.pdf>.

TFUE, en contra de Alemania (opción que la misma presidenta afirmó no descartar por completo el 10 de mayo²²). En efecto, es posible que el incumplimiento por parte de un Estado sea el resultado de la actuación de un órgano jurisdiccional, además de la consecuencia de la conducta de instituciones políticas nacionales. Existe, en este sentido, un reciente precedente en el que el órgano interesado era el Consejo de Estado francés²³.

Posteriormente, se han sucedido actuaciones de distintas instituciones para desactivar los efectos de la sentencia que podrían poner en entredicho las medidas ya en pie y las futuras medidas del BCE para responder también a la crisis económica generada por la pandemia por COVID-19. A los pocos días, la canciller Angela Merkel había promovido nuevas negociaciones dirigidas a alcanzar una decisión sobre medidas parecidas y el ministro de finanzas había declarado que, según su criterio, el Bundesbank podría seguir participando en las compras del BCE.

El presidente del Bundesbank solicitó al BCE la autorización para transmitir al ejecutivo y al legislativo alemanes algunos documentos confidenciales que probarían la ponderación por parte del BCE mismo de su intervención en los mercados, sin incurrir en aquellas extralimitaciones evocadas por el TCFA. Esta actuación, entre otras, ha favorecido que el Bundestag pudiera aprobar, el 2 de julio, una resolución que daba por cumplida la petición del 5 de mayo, afirmando que está comprobado que el BCE había sopesado todas las consecuencias del programa PSPP llegando a valorar que el impacto positivo en la política monetaria justificaría su realización. El mismo presidente del Bundesbank, en nombre del consejo directivo, aclaró que se pueden considerar satisfechas las exigencias establecidas por el TCFA, sumándose a las opiniones de Bundestag y Gobierno federal.

Empero, la historia no se ha acabado aquí. Los recurrentes han solicitado que el TCFA averigüe el cumplimiento fehaciente de la sentencia

1721

22 Véase la declaración de la Presidenta de la Comisión Europea del 10 de mayo de 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_20_846.

23 Véase la sentencia del 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17, Comisión c. Francia.

de 2020 y ello podría llevar a una nueva revisión de los datos y documentos facilitados por el BCE (y en consecuencia a una nueva afirmación de la obligación del Bundesbank de salir del programa)²⁴.

1722

Con respecto a su posible impacto sobre las medidas a adoptar para responder a la crisis pandémica, a la hora de dictar la sentencia del 5 de mayo y de darla a conocer, el propio TCFA en su comunicado de prensa afirmó que la misma no afectaba a “ninguna de las medidas de asistencia financiera adoptadas por la Unión Europea o el Banco Central Europeo en el contexto de la crisis del coronavirus”. Sin embargo, aunque aclarase que el razonamiento se circunscribía al programa PSPP y no al programa excepcional para hacer frente a la pandemia por COVID-19, el TCFA estaba dando una serie de pautas al BCE sobre lo que considera equilibrado, estableciendo una serie de condiciones necesarias para que no se estime vulnerada la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros. Entre otras: el volumen limitado de compras desde el inicio del programa; la publicación de información agregada sobre las características de las compras; el límite, para los Bancos centrales del Eurosistema, del 33% de una determinada emisión de bonos de una administración de un Estado miembro o del 33% de los valores en circulación de uno de los Estados; la proporción de los volúmenes de compras en comparación con la proporción de capital; las limitaciones a la compra de valores de entidades públicas solo si el cedente está en posesión de una certificación de calidad crediticia mínima que permita acceso al mercado; el carácter siempre limitado y discontinuo de las compras que deben terminar cuando ya no se necesiten para el objetivo de estabilizar la inflación al 2%.

En consecuencia, como efecto colateral, voluntariamente deseado o no, el hecho es que la sentencia del TCFA puede suponer una hipoteca para los programas que se implementen con el fin de afrontar las consecuencias económicas derivadas de la pandemia por COVID-19 (FARAGUNA, 2020, p. 309). No parece muy relevante que se trate

24 El debate ha seguido en los foros políticos y mediáticos, como lo ejemplifica el editorial de *El País* del 8 de agosto: *Defensa del BCE. Bruselas debe actuar ya contra el Tribunal Constitucional alemán*, <https://elpais.com/opinion/2020-08-07/defensa-del-bce.html>.

de una “respuesta a un problema coyuntural, pasajero” (ROCA, 2020, p. 2849), como es el caso del programa de compras de emergencia (Pandemic Emergency Purchase Programm - PEPP) recientemente activado por el BCE.

3. ¿Diálogo o confrontación? ¿Y qué ejemplo para los demás?

En estas breves conclusiones, se intentará abarcar dos aspectos; uno intrínseco a la decisión del TCFA, es decir, su naturaleza dialógica o confrontativa, y uno extrínseco, a saber, el riesgo de que, como se ha adelantado, determinadas actuaciones –y actitudes– alabadas si son realizadas por determinados tribunales y actores se transformen en armas de doble filo cuando se usan de manera instrumental.

Sobre el primer aspecto, cabe destacar que la sentencia de 2020, diferentemente de la conocida doctrina *Solange*, impacta sobre el derecho originario, poniéndose en oposición al art. 19.1 TUE, que establece que el TJUE garantiza el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, otorgándole, si no el monopolio exegetico, la última palabra al respecto ya que vincula al juez interesado (véase ROMBOLI 2014, p. 3) y, de manera amplia, a los demás actores judiciales del espacio jurídico europeo. Y el mecanismo principal para que esta función sea desempeñada de manera interactiva con los Estados es la cuestión prejudicial. La reivindicación del TCFA, que básicamente exige explicaciones supletorias y declara sin validez la sentencia del TJUE, pone en entredicho la lógica misma de la cuestión prejudicial, en la medida en que debería de ser un momento de colaboración (ROMBOLI, 2014, p. 5). La actitud conflictual del TCFA hasta la fecha no había supuesto la suplantación fáctica de las funciones que competen al TJUE en relación con el derecho de la UE por un tribunal constitucional nacional.

Está claro que la UE está enfrentándose a unos desafíos peculiares, en el marco de los cuales la sentencia del TCFA representa un precedente peligroso para otros tribunales, que podrían decidir imitarlo, declarando inaplicables sentencias del TJUE. Piénsese solamente en la situación de vulneración del estado de derecho y al discurso euroescéptico difuso en Estados miembros como Polonia y Hungría. En abril de este año, por

ejemplo, estos dos Estados, junto a República Checa, han sido considerados incumplidores de sus obligaciones derivadas de las medidas de recolocación de solicitantes de protección internacional²⁵. No sería sorprendente que las autoridades nacionales cuestionasen la validez de dicha decisión, tomando como modelo la jurisprudencia alemana.

Hay otros ejemplos de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que se prestan a abusos, siendo el principal la “identidad constitucional”. Sea suficiente aquí recordar la sentencia de la Corte Constitucional de Hungría n. 22/2016 (XII.5) del 30 de noviembre de 2016²⁶, en la cual, con referencia al control *ultra vires* que había venido elaborando el TCFA, la Corte húngara afirmó que había dos límites a la transferencia de competencias a la UE, es decir la soberanía (que no habría sido cedida a la UE, para. 60) y la identidad constitucional conforme al art. 4.2 TUE (para. 54) y se atribuyó a sí misma esta competencia (para. 55).

1724

Hace unos días, el 26 de noviembre de 2020, en el diario alemán *Frankfurter Allgemeine* salió un artículo de opinión del Ministro de Asuntos Exteriores polaco, Zbigniew Rau²⁷, en el cual éste manifestaba su apreciación y respeto hacia la tradición jurídica alemana basada en el concepto de *Rechtsstaat*, a su vez transferido a nivel europeo. Alabando las actuaciones del TCFA, el Ministro dijo que Polonia está actuando de la misma manera que el Tribunal, defendiendo el principio de legalidad como principio esencial para la integración europea, en contra de la “presunción” de la UE que intenta extralimitarse yendo en contra del derecho originario.

En conclusión, a la luz de las múltiples crisis que han afectado al espacio europeo en la última década, de los desafíos que provienen de algunos Estados miembros, claro está que corren tiempos complicados

25 Véase la sentencia del 2 de abril de 2020, Comisión c. Polonia, Hungría y República Checa, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17.

26 <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361AFA3CEA26B84C1257F10005DD958?OpenDocument>

27 Titulado “Die EU-Verträge sind heilig”, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/warum-polen-der-eu-weiter-mit-veto-droht-17071856.html>.

para la integración europea. Sería de esperar, por lo tanto, una actitud colaborativa por parte de los tribunales constitucionales de todos aquellos Estados que promueven y defienden la pertenencia a la UE, más coherente con la reconstrucción de la cuestión prejudicial como instrumento de diálogo (y no de confrontación).



Bibliografía

1. CAFARO, S. (2020). Quale Quantitative Easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?. *Sidiblog.org*, 8 de mayo. Disponible en: <http://www.sidiblog.org/2020/05/08/quale-quantitative-easing-e-quale-unione-europea-dopo-la-sentenza-del-5-maggio/>.
2. CAPONI, R. (2014). La Corte costituzionale tedesca e la crisi dell'eurozona. Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca. *Giornale di Diritto amministrativo*, 5, 469-478.
3. CARAVITA, B., Condinanzi, M., Morrone, A. & Poggi, A.M. (2020). Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione. *federalismi.it*, 14, iv-xiv.
4. CARDONE, A. (2015). L'obliterazione dello Stato di crisi: la Corte UE ri(con)duce le misure "non convenzionali" della BCE al "diritto ordinario" dei trattati. *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1533-1547.
5. CIANCIO, A. (2020). The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?. *federalismi.it*, 16, 35-47.
6. Committee for the Study of Economic and Monetary Union. Jacques Delors Chairman (1989). Report on Economic and Monetary Union in the European Community, 1-40.
7. Conclusiones Consejo Europeo (2010). EUCO 7/10, 25-26 marzo, 1-11.
8. DE MARTINO, A. (2014). Le "Outright Monetary Transactions" tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del "Bvefrg". *federalismi.it*, 4, 1-15.
9. DENNINGER, E. (2016). L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 259-273.
10. ECB (2010). The ECB's relations with European Union institutions and bodies – trends and prospects. *Monthly Bulletin January*, 73-84.

11. FABBRINI, F. (2016). Guest Editor's Introduction. The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 3-16.
12. FARAGUNA, P. (2020). Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara *ultra vires* il *Quantitative easing* (con uno sguardo al *Pandemic Emergency Purchase Programme*). *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 306-315.
13. FROMAGE, D., DERMINE, P., NICOLAIDES, P. & TUORI, K. (2019). ECB independence and accountability today: Towards a (necessary) redefinition?. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(1), 3-16.
14. GALETTA, D.U. & ZILLER, J. (2020). "¿Karlsruhe über alles?" la insopor-
table pesadez del juez constitucional alemán (sobre la sentencia del "Zweiter Senat" del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo). *Revista Española de Derecho Europeo*, 73-74, 179-212.
15. GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2010). *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Cizur Menor: Aranzadi.
16. GRIMM, D. (2020). A Long Time Coming. *German Law Journal*, 21(5), 944-949.
17. HINAREJOS, A. (2015). *Gauweiler* and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union. European Court of Justice, Judgement of 16 June 2015, Case C-62/14 Gauweiler and others v. Deutscher Bundestag. *European Constitutional Law Review*, 11, 563-576.
18. HÖGENAUER, A. L. & HOWARTH, D. (2019). The democratic deficit and European Central Bank crisis monetary policies. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(1), 81-93.
19. JĘDRZEJOWSKA-SCHIFFAUER, I. & SCHIFFAUER, P. (2016). European Central Bank's OMT decision: still within the framework of the monetary policy?. *Journal of International Studies*, 9(2), 195-206.
20. JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2020). La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo: notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020. *Revista de Administración Pública*, 212, 147-179.
21. LOZANO CUTANDA, B. (2020). La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: ¿y ahora qué?. *Análisis GA_P*, mayo 2020, 1-6.
22. MANGAS MARTÍN, A. (2020). El Tribunal Constitucional Alemán y su "fuego amigo" sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE. *ARI Real Instituto Elcano* 72/2020, 18 de mayo, 1-15, disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/

contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari72-2020-mangas-tribunal-constitucional-aleman-fuego-amigo-sobre-tribunal-de-justicia-ue-y-bce.

23. MOOIJ, A. (2019). The *Weiss* judgement: The Court's further clarification of the ECB's legal framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(3), 449-465.
24. PACE, L.F. (2020). Il BVerGe e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020. *federalismi.it*, 16, 299-309.
25. PISANESCHI, A. (2015). Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario OMT della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca. *federalismi.it*, 13, 1-14.
26. POIARES MADURO, M. (2020). Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court. *Verfassungsblog*, 6 de mayo, disponible en: <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>.
27. RAGONE, S. (2011). Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 16, 53-90.
28. ROCA, M.J. (2020). La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo. *DPCE online*, 2, 2845-2856.
29. ROMBOLI, R. (2014). Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo. *Rivista AIC*, 3, 1-34.
30. ROVETTA, D. & SMIATACZ, A. (2020). The German Federal Constitutional Court's Judgment on the PSPP: What happened to the EU law Supremacy? Implications of the Judgment for the Trade and Customs Policy of the European Union. *Global Trade and Customs Journal*, 15(9), 435-444.
31. SÁINZ DE VICUÑA y BARROSO, A. (2016). La política monetaria del BCE ante el Tribunal Constitucional Federal alemán: la sentencia de 21 de junio de 2016 en el caso «OMT». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 1067-1099.
32. SCHNEIDER, K. (2020). Gauging "Ultra-Vires": The Good Parts. *German Law Journal*, 21(5), 968-978.
33. SIMON, S. (2015). Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgement of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to

- the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling. *German Law Journal*, 16(4), 1025-1048.
34. TESAURO, G. & DE PASQUALE, P. (2020). La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco. *Il Diritto dell'Unione Europea - Osservatorio Europeo*, 11 de mayo, disponible en: http://www.dirittounioneeuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=1000.
35. WACHTEL, P. & BLEJER, M.I. (2020). A Fresh Look at Central Bank Independence. *Cato Journal*, 40(1), 105-132.
36. WENDEL, M. (2020). Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception. *German Law Journal*, 21(5), 979-994.
37. ZILLER, J. (2010). Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichtes. Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65, 157-176.

La riforma del sistema elettorale del CSM nel “disegno di legge Bonafede” (AC 2861)

Un puzzle di difficile ricomposizione

✉ CARMELA SALAZAR*

*Riprese a dire Nestore il cavaliere gerenio:
«Su, estraete a sorte a chi tocchi tra voi!
Costui porterà giovamento agli Achei dalle forti gambiere
e certo gioverà a se stesso».*

Iliade, VII, 170-174.

1729

1. Notazioni introduttive

Il disegno di legge intitolato *Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura* (AC 2861, d'ora innanzi, anche “disegno Bonafede”, dal nome dell'attuale Ministro della giustizia, che ne è il primo firmatario), è molto ampio e complesso. Le brevi note che seguono si concentreranno sulle norme volte a ridisegnare il sistema elettorale per i componenti togati del CSM: si tratta, come precisa la relazione al disegno, di «disposizioni immediatamente precettive» inserite nel corpo della legge di delega¹.

Nel momento in cui si scrive, il Presidente del consiglio G. Conte ha appena rassegnato le dimissioni, aprendo una crisi di governo che

* Professoressa Ordinaria dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria.

1 Così, la relazione di accompagnamento al disegno di legge, cit., 19.

potrebbe condurre allo scioglimento anticipato delle Camere e alla conseguente decadenza del disegno in esame. Tuttavia, anche qualora sia questa la sorte della legislatura in corso, è altamente probabile che pure la nuova maggioranza inserisca nella propria agenda la riscrittura delle regole attualmente vigenti per l'elezione della componente togata del Consiglio superiore della magistratura (l. n. 44/2002). Permangono immutate, infatti, le ragioni che ne giustificano –ed anzi, ne esigono– la revisione.

Ripercorrendo rapidamente vicende ben note, può qui ricordarsi che il Ministro Bonafede ha annunciato l'avvio della stesura del disegno di legge in seguito alla diffusione dei risultati delle indagini condotte dalla Procura di Perugia, secondo le quali una *lobby* composta da esponenti politici e da magistrati, tra i quali anche alcuni componenti del CSM, sfruttava la trama dei rapporti reciproci per operare una sorta di «pre-selezione dei magistrati, fuori delle sedi proprie, sulla base di vincoli oscuri e strettamente personalistici» (N. ZANON, F. BIONDI, 2019, 667). Una vicenda a dir poco inquietante, dalla quale si evince l'esistenza di una «questione morale» di tale gravità da rivelare «il carattere strutturale e profondo di questione democratica»². Tuttavia, l'esigenza della modifica della l. n. 44/2002 era affiorata ben prima che il Consiglio –e la magistratura nella sua interezza– venissero travolti dallo scandalo.

Al pari delle precedenti riforme del sistema elettorale per il CSM susseguitesi nel tempo, anche la normativa elettorale in vigore è stata varata al fine dichiarato di contrastare le ben note «degenerazioni correntizie»³: formula che, ridefinendo alla stregua di «correnti» le associazioni di magistrati, evoca impropriamente le dinamiche tipiche dell'universo dei partiti, alludendo alla «politicizzazione» del Consiglio. Tali locuzioni sono

2 Cfr. ROSSI, 2021. Ha parlato in proposito di «un quadro sconcertante e inaccettabile» il Presidente della Repubblica, nel suo intervento al *plenum* del CSM, il 21 giugno 2109. Il testo è consultabile in www.csm.it.

3 Tra la disciplina originaria introdotta dalla l. n. 195/1958 e quella attuale si sono susseguiti ben cinque interventi legislativi (ll. n. 198/1967, 695/1975, 1/1981, 655/1985, 74/1990) e due richieste di sottoposizione a referendum abrogativo, avanzate rispettivamente nel 1985 e nel 1992 (entrambe rimaste senza esito, per mancato raggiungimento del *quorum* previsto dall'art. 75, c. 4, Cost.). In proposito, v. ora DAL CANTO, 2020, 11 ss.; SANTALUCIA, 2020.

divenute *topoi* ricorrenti in ogni discussione sull'argomento, acquistando tuttavia una certa ambiguità, poiché –soprattutto nel dibattito politico– esse suonano ormai come luoghi comuni, in cui sfuma la distinzione tra la dimensione fisiologica dell'associazionismo giudiziario, «irrinunciabile veicolo di solidarietà e di ricchezza del dibattito, non solo interno»⁴, e la deriva patologica innescata dalla trasformazione delle associazioni in centri di potere, capaci di condizionare le operazioni di voto mediante accordi reciproci, allo scopo di instaurare con gli eletti un improprio e discutibile “vincolo di mandato” (SILVESTRI, 2016, 126 ss.).

In ogni caso, similmente agli interventi riformatori che l'hanno preceduta, anche la l. n. 44/2002 ha fallito nel suo intento, dando vita a una plateale eterogenesi dei fini (VOLPI, 2016, 2630): l'introduzione di un sistema maggioritario senza voto di lista ed articolato su tre collegi unici nazionali, nei quali vengono presentate candidature individuali, ha reso «pressoché impossibile l'elezione di un candidato molto apprezzato nel contesto territoriale in cui opera ma poco conosciuto a livello nazionale o che è privo del supporto di una corrente di riferimento» (D'AMICO G., 2020, 96), con l'effetto di consolidare il ruolo delle associazioni nella gestione del processo elettorale e dunque di alimentare il fenomeno distorsivo che la riforma avrebbe dovuto arginare.

1731

In questo quadro, il sistema elettorale delineato nel “disegno Bonafede” merita una particolare attenzione: esso, movendo dall'intento di «dare un segnale di discontinuità rispetto al sistema vigente, a proposito del quale [...] le critiche sono state pressoché unanimi»⁵ – presenta aspetti di evidente novità, molti dei quali, però, suscitano consistenti dubbi di costituzionalità, lasciando peraltro intravedere il rischio di una nuova eterogenesi dei fini. Su ciò si tornerà, ma va subito rilevato che tra le innovazioni previste dal disegno spicca la combinazione tra elezioni e sorteggio, in una formulazione diversa rispetto a quelle contenute nelle

⁴ In tal senso, v. LATTANZI, 2018, 9. In generale, sul ruolo dell'associazionismo giudiziario nel nostro Paese, v. spec. Bruti Liberati, 2018, 10 ss.; VOLPI, 2020, 356 ss.

⁵ Così, la *Relazione* di accompagnamento al disegno di legge, 19 (il testo è consultabile in www.camera.it).

precedenti “bozze” della riforma della l. n. 42/2004 predisposte dal Ministro Bonafede, ove l'estrazione era collocata ora “a monte”, ora “a valle” del voto: in entrambi i casi, in urto con l'art. 104, c. 4, Cost.⁶. Le notazioni critiche avanzate verso queste proposte nel corso dell'ampio dibattito da esse suscitato, in parallelo a quelle provenienti dall'Associazione nazionale magistrati⁷, sembravano avere spinto il Ministro ad abbandonare l'inserimento del sorteggio nella definizione della riforma *in itinere*: ma, evidentemente, il Governo non ha inteso rinunciare all'innesto della dinamica cieca del caso nella riscrittura del sistema elettorale per la componente togata del CSM. Eppure, la logica del sorteggio e quella delle elezioni sono reciprocamente incompatibili: «non perché quest'ultima esclude l'uguaglianza, ma perché mette in primo piano le specificità individuali, non rende la distinzione tra le persone indifferenti» (URBINATI, VANDELLI, 2020, 28).

1732

Anche su questo punto si avrà modo di approfondire il discorso nelle notazioni che seguono, ma non si può fare a meno di notare come, quando entri in gioco la riforma del sistema elettorale del CSM, le forze politiche non riescano a liberarsi del fascino di un metodo arcaico di selezione quale è il sorteggio – tipico di società aristocratiche, come quelle dei poemi omerici – «che non ammette alcun intervento umano di valutazione e non discrimina tra i più o i meno capaci»⁸.

6 Cfr. SILVESTRI, 2017, 20 ss.; Savio, 2018; Id., 2019; Dal Canto, 2019, 4 ss.; Id., 2021, 17 ss.; D'AMICO G., 2020, 100 ss.; GROSSO, 2020; LUCIANI, 2020, 4 ss.; Id., 2020, 483 ss.; ROMBOLI, 2020, 16 ss.; Id., 2020, 511 ss.; SALAZAR, 2019, 3 ss.; ZANON, BIONDI, 2019, 667 ss. Non sono mancate, nel corso degli anni, le proposte di leggi ordinarie e di leggi di revisione costituzionale volte all'introduzione del sorteggio per la composizione della componente togata del CSM: cfr. ROMBOLI, 2011, 1 ss.; GIUPPONI, 2021, 4 ss. del *paper*.

7 Cfr. la delibera adottata dalla Giunta esecutiva centrale il 21 luglio 2019 e la mozione approvata dall'assemblea generale dell'Associazione il 20 settembre 2020, entrambe consultabili in www.associazionemagistrati.it

8 Cfr. URBINATI, VANDELLI, 2020, 24. Il fascino esercitato dal sorteggio è tale, che nel “disegno Bonafede” esso è assunto anche a metodo di composizione di tutte le commissioni del Consiglio, confermando l'impressione che, al pari dei molti tentativi di depotenziamento del Consiglio avanzati in passato (cfr. per tutti Romboli, 2020, 25 ss.), la riforma si muova nella direzione di un tendenziale “rimpicciolimento” dell'organo (ROSSI, 2020). L'impressione è avallata anche dal singolare divieto di costituzione di gruppi all'interno del Consiglio: su di esso, si rinvia a PANIZZA, 2020, 409 ss.

2. Il sistema elettorale per la componente togata del CSM nel “disegno Bonafede”

Nella parte qui in esame (il Capo IV), il “disegno Bonafede” interviene sull’art. 1, l. n. 195/1958, innalzando il numero dei componenti togati del Consiglio dagli attuali sedici a venti, ed il numero di quelli “laici” dagli attuali otto a dieci. Esso prevede inoltre la suddivisione del territorio nazionale in 19 collegi, ciascuno comprendente un numero di elettori coincidente all’incirca con un diciassettesimo del corpo elettorale, così organizzati: uno è costituito per i magistrati della Corte suprema di cassazione con funzioni di legittimità, per quelli della Procura generale presso la stessa Corte e dal Tribunale superiore delle acque pubbliche; uno è costituito per i magistrati fuori ruolo, per quelli dell’ufficio del massimario, per quelli della Corte di appello di Roma e della Procura generale presso la stessa Corte e per i magistrati della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo; i restanti collegi riguardano tutti gli altri magistrati. Il disegno opta per candidature singole, presentabili dal magistrato nel collegio in cui esercita le proprie funzioni, con il sostegno di non meno di dieci e non più di venti colleghi del medesimo collegio.

1733

In tutti i casi, l’elezione si svolge in due turni, ma mentre il collegio destinato ai magistrati della Cassazione e al Tribunale superiore delle acque pubbliche elegge due candidati soltanto al secondo turno, negli altri collegi è possibile che già al primo sia proclamato eletto il candidato che raggiunga il 65% dei voti. O meglio, dei “primi voti”, avendo l’elettore la possibilità di esprimere sino a quattro preferenze, ordinate in base al proprio “gradimento” e alternate nel genere (il voto non alternato rispetto al precedente e a quelli successivi è nullo): alle preferenze successive rispetto alla prima si applica un coefficiente di riduzione pari, rispettivamente, a 0,90, 0,80, e 0,70.

Si tratta di una novità che attinge alle dinamiche dei sistemi elettorali in cui si applica il voto singolo trasferibile, senza tuttavia riprodurle integralmente: i tratti peculiari di tali sistemi, come si sa, si ritrovano nella esclusione dalla competizione del candidato che non raggiunga, mediante i “primi voti”, la soglia minima fissata dalla legge (c. d. *Droop*

quota), e nel “trasferimento” delle schede dell’eliminato agli altri candidati⁹. Nel disegno in esame, invece, se nessuno tra i candidati raggiunge la soglia del 65% con i “primi voti” –eventualità di probabile verifica–, considerando l’elevatezza della quota– si apre il secondo turno, in cui l’elettore può esprimere una doppia preferenza, purché la seconda sia data, a pena di nullità, a un candidato di genere diverso rispetto a quello indicato con la prima. Il meccanismo è quello della doppia preferenza di genere, ma con una variante: anche in questo caso, infatti, al “secondo voto” si applica un coefficiente di riduzione, pari a 0, 80. Risulta eletto il magistrato che ha raggiunto il maggior numero di voti.

Le stesse regole si applicano per l’elezione dei magistrati della Corte di cassazione e del Tribunale superiore, ma –come accennato– in questo caso il primo turno non seleziona alcun vincitore: esso serve per individuare i quattro magistrati che accedono al secondo turno, il cui svolgimento, dunque, è obbligatorio. Risultano eletti i due candidati più votati, tenendo conto che anche in questo caso si applica la doppia preferenza di genere, con la variante del coefficiente di riduzione di 0, 80 per il secondo voto.

1734

Dalla rapida panoramica ora tracciata emerge la struttura complessa di questo peculiare sistema elettorale, il cui connotato saliente è stato efficacemente individuato nella *indecifrabilità* (DAL CANTO, 2021, 22). L’impressione di trovarsi alle prese con un *puzzle* di ardua ricomposizione si accentua, poi, dinanzi alla lettura delle norme sulla inedita combinazione tra elezioni e sorteggio, cui si è già accennato. La novità consiste nella configurazione di quest’ultimo come strumento “correttivo”: il disegno prevede, infatti, che ogni collegio debba esprimere almeno dieci candidature, e che ciascun genere debba essere rappresentato in una percentuale non inferiore al 40 per cento: se tale numero minimo non viene raggiunto e/o se la percentuale ora vista non risulta rispettata, l’ufficio elettorale

9 Sull’applicazione del voto singolo trasferibile al sistema elettorale del CSM, v. la *Relazione finale della Commissione di studio per la riforma del sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, c. d. Commissione Balboni, risalente al 1996, ripubblicata in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2019. Più di recente, cfr. spec. ZANON, BIONDI, 2019, 40; LUCIANI, 2020, 13 ss.

centrale procede all'estrazione a sorte, in seduta pubblica, di un numero di candidature pari al quadruplo di quelle necessarie. Ove i magistrati estratti non manifestino la loro indisponibilità nel termine di quarantotto ore, saranno candidati nel collegio, seguendo l'ordine di estrazione.

Volendo azzardare una definizione, si potrebbe parlare di un sistema elettorale di tipo maggioritario a doppio turno, con possibilità di preferenze multiple al primo, basato su collegi territoriali e caratterizzato da un sorteggio “correttivo”, nonché dalla previsione della doppia preferenza di genere al secondo turno. Su ciascuno di questi elementi si rifletterà nei paragrafi seguenti.

3. Segue: l'impianto maggioritario, i collegi territoriali e il doppio turno, tra “effetto sorpresa” ed “effetto déjà vu”

Il disegno, come si è accennato, prevede candidature individuali, al fine di garantire «la possibilità di scelta tra un'ampia platea di aspiranti (uomini o donne magistrati) ai quali sia dato di proporsi come candidati senza la necessità di una designazione da parte di gruppi associativi»¹⁰. Alla luce degli effetti prodotti dalla l. n. 44/2002, il testo abbandona la suddivisione del territorio in collegi nazionali. Tuttavia, per un verso appare discutibile che, in continuità con l'attuale legge elettorale, la riforma conservi un impianto maggioritario, orientando perciò il funzionamento del sistema elettorale verso la formazione di maggioranze stabili: la ricerca della governabilità mal si addice ad un organo di garanzia, i cui componenti dovrebbero assumere le loro decisioni «caso per caso, in base alle regole e alla loro coscienza» al di fuori di «blocchi precostituiti» (SILVESTRI, 2020, 515).

Per altro verso, desta perplessità anche la dimensione ridotta dei collegi, nei quali possono facilmente emergere istanze localistiche e corporative, idonee a veicolare pressioni indebite sugli elettori e a favorire operazioni “spartitorie” e di controllo sui voti, per certi versi più preoccupanti di quelle riferibili alle associazioni, perché basate su legami

10 Così, la *Relazione* di accompagnamento al disegno di legge, cit., 19.

personali che ordinariamente restano nell'ombra¹¹. Né può ritenersi che questa eventualità sia efficacemente contrastata dalla circostanza che, secondo il disegno, l'ampiezza dei collegi sarà determinata, di volta in volta, da un decreto del Ministro della giustizia, da adottarsi almeno tre mesi prima del giorno fissato per le elezioni. Anzi: l'“effetto sorpresa” derivante da questa novità potrà comportare la necessità per i candidati di farsi conoscere in un breve arco temporale anche al di fuori del proprio distretto, mettendo in difficoltà, in tal caso, quanti non possano contare sull'inserimento in cordate o su “macchine elettorali” rodade ed efficienti (REILLO, 2020, 3). Inoltre, la norma consente al Ministro operazioni di *gerrymandering*, (GROSSO, 2020), così che al fine di contrastare il condizionamento sulle elezioni proveniente “dal basso” (dalle associazioni o dal “notabilato locale”), se ne rende possibile uno proveniente “dall'alto”, in violazione dell'art. 104, c. 1, Cost.

1736

Una logica analoga si ritrova anche nella norma che individua l'apertura del secondo turno in una data coincidente con il secondo giorno successivo a quello in cui si chiude lo spoglio delle schede relative al primo turno. Anche in questo caso il disegno punta sull'“effetto sorpresa”, prevedendo un intervallo brevissimo tra i due turni, in modo da sottrarre ai candidati ammessi al ballottaggio il tempo materiale per organizzare accordi strategici orientati a influire sull'esito delle urne. Tuttavia, considerando con quale rapidità gli strumenti telematici permettono di comunicare e persino di organizzare in tempo reale riunioni “virtuali” sull'intero territorio nazionale, non è possibile escludere che le intese “spartitorie” vengano ugualmente concluse. Alla fine, insomma, l'apertura del secondo turno a ridosso della chiusura del primo potrebbe essere ininfluente sulla capacità delle associazioni (o delle *lobbies* locali) di condizionare il risultato elettorale. Per contro, potrebbero restarne spiazzati i candidati al di fuori di gruppi e cordate, poiché nel poco tempo tra i due turni non è

11 La “prossimità” tra elettori e candidati derivante dalla limitata ampiezza dei collegi può far sì che gli eletti si sentano responsabili solo nei confronti del “proprio” elettorato, e che questo risulti accomunato precipuamente dalla ricerca di protezione e di vantaggi: ZAGREBELKY V., 2020; v. anche BRUTI LIBERATI, 2020, 6 ss.; GROSSO, 2020; VOLPI, 2021, 38; ROMBOLI, 2020, 510.

possibile svolgere la campagna elettorale, che resta l'unico strumento di cui gli *outsiders* possano avvalersi per conquistare voti.

L'impressione di un *déjà vu* è inevitabile, poiché le regole ora viste non soltanto si rivelano incapaci di limitare efficacemente «le degenerazioni familistico-corporative» delle associazioni (LUCIANI, 2020, 484), ma addirittura potrebbero favorirne la perpetuazione. Una domanda, allora, nasce spontanea: poiché i sistemi elettorali che per loro natura alimentano gli accordi, le desistenze e le contrattazioni tra i candidati sono proprio quelli a doppio turno, non sarebbe stato più coerente con le premesse espresse nella relazione al disegno l'opzione per un sistema a turno unico?

4. **Segue: il sorteggio “correttivo” (ovvero: dieci candidature...«posson bastare»)**

La novità del sorteggio “correttivo” delineato dal disegno di legge potrebbe essere commentata con il noto adagio per cui *errare humanum, perseverare diabolicum*.

1737

Ovviamente, per la parte in cui esso si collega al raggiungimento della percentuale del 40% delle candidature del sesso sottorappresentato entra in gioco l'attuazione del principio costituzionale della pari opportunità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive (artt. 3 e 51 Cost.): ciò, tuttavia, non implica la messa da canto delle perplessità, come si vedrà a breve. Sfugge del tutto, invece, il fondamento dell'imposizione di un numero minimo di candidature –dieci: soglia, peraltro, fissata dal disegno in modo del tutto discrezionale– il cui mancato raggiungimento determina l'avvio della procedura pubblica di estrazione a sorte dei magistrati “mancanti”.

Ora, se la logica di fondo del sistema è quella del *favor* per candidature “monadiche” svincolate dall'appartenenza ai gruppi, le regole da esso fissate dovrebbero essere rivolte ad agevolare la *libera* decisione di ogni magistrato di entrare nella competizione elettorale, in modo che questa si arricchisca di proposte tra loro differenti, elaborate al di fuori del controllo esercitato dalle associazioni o da *lobbies* di vario tipo. Stando così le cose, la circostanza che nei singoli collegi le candidature si distribuiscano

in modo “caotico”, raggiungendo soglie diverse in ognuno di essi, appare come un esito *normale* del funzionamento del sistema, e non come una *disfunzione* da correggere. Ci si chiede, pertanto, se l’inconciliabilità tra la logica di fondo del sistema prescelto e l’imposizione di un numero minimo di candidature non determini una contraddittorietà tale da determinare un vizio di irragionevolezza intrinseca, in urto con l’art. 3, c. 1, Cost. Né allontana i dubbi ora formulati –anzi, li rafforza– la precisazione contenuta nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, ove si discorre apoditticamente di un presunto «dovere di autogoverno» gravante su ogni magistrato. Con un’operazione a dir poco ardita, il disegno ribalta il *diritto* di elettorato passivo riferibile a tutti i magistrati ordinari *ex art.* 104, c. 4, Cost. in un *dovere*, nonostante questa trasformazione risulti priva di alcun fondamento logico-giuridico (Romboli, 2020, 512)¹². Con un’aggravante che rasenta l’assurdo: la mancata rinuncia alla candidatura dei magistrati nelle quarantotto ore successive all’estrazione viene considerata come assenso, per cui sarà possibile che alcuni tra questi, spiazzati dall’ennesimo “effetto sorpresa”, si trovino proiettati nella competizione elettorale a prescindere dalla loro volontà, per il solo fatto di non essere riusciti materialmente a comunicare la propria indisponibilità in tale breve arco temporale (DAL CANTO, 2021, 28).

1738

Anche in questa nuova variante, pertanto, il sorteggio si rivela di dubbia compatibilità con l’art. 104, c. 4, Cost. ed attira le medesime critiche già emerse nel dibattito sulle precedenti proposte elaborate dal Ministro Bonafede. Esso sottende sempre un intento punitivo, che mortifica la magistratura nella sua interezza, additando all’opinione pubblica l’immagine di un ordine incapace di scegliere virtuosamente i propri rappresentanti (LUCIANI, 2020, 7), e svilendo il senso della elezione dei componenti togati del CSM: quanti entreranno nella competizione elettorale perché favoriti dalla sorte non avranno predisposto un programma nel quale sia possibile rintracciare la loro visione sul ruolo della

12 LA, *ibidem*, mette anche in luce come la previsione possa dare luogo alla presentazione di candidature fittizie, fatte solo allo scopo di evitare il sorteggio, da parte di magistrati i quali poi si asterrebbero del tutto dalla campagna elettorale o chiederebbero espressamente di non essere votati: un ennesimo caso, insomma, di eterogenesi dei fini.

magistratura e su quello del CSM, e dunque non apporteranno alcun reale arricchimento alle proposte tra le quali gli elettori sono chiamati a scegliere. Peraltro, questi «candidati per caso» (R. Romboli, 2020, 503), privi di identità culturale e di un progetto che ne riveli le convinzioni e gli ideali, potrebbero non essere idonei a svolgere le funzioni di consigliere «con disciplina e con onore» (art. 54, c. 2, Cost.). Non è detto, infatti, che ogni magistrato, pur se eccellente nello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, sia dotato delle competenze e della professionalità necessarie per assolvere a compiti di così elevata delicatezza e complessità.

Infine, nemmeno guardando ai possibili effetti pratici di questo sorteggio “correttivo” esso resta indenne da critiche, poiché non sembra che possa assicurare un’efficace schermatura del Consiglio da indebite pressioni esterne. Dal momento che l’estrazione è governata dal caso, non è detto che essa finisca per favorire in modo sistematico i magistrati non iscritti ad un gruppo. Ma anche quando ciò accada, nulla esclude che i sorteggiati, una volta che abbiano accettato la candidatura, *proprio per questa ragione* decidano di affiliarsi ad una associazione, al fine di sfruttarne il sostegno nella competizione elettorale in cui entrano del tutto impreparati, in quanto... “candidati per caso”.

1739

5. **Segue: sorteggio e questioni di genere (ovvero: «questa o quella per me pari sono»)**

Il discorso non cambia di molto se si sposta l’attenzione sulle previsioni relative al sorteggio come “correttivo” finalizzato al riequilibrio tra le candidature maschili e quelle femminili, in attuazione del principio delle pari opportunità tra i sessi (art. 3 e 51 Cost.).

Come è noto, la partecipazione delle donne al CSM è stata, sin qui, marginale: guardando ai dati più recenti, nella consiliatura 2002-2006 è stata eletta soltanto una donna per la quota togata, ed anche se in quella successiva hanno avuto accesso all’organo quattro donne magistrato, nelle consiliature 2010-2014 e 2014-2018, complessivamente, la componente femminile si è ridotta a tre. Al momento, le donne nella componente togata sono salite a sei: ma l’oscillazione nella consistenza della presenza femminile in seno al Consiglio depone per la casualità di tale risultato

(D'AMICO M., 2020, 384; PEZZINI, 2021, 74 ss.). Qualunque proposta di riforma del sistema elettorale del CSM dovrebbe di certo mirare a superare questa persistente anomalia, viepiù intollerabile se si considera che la percentuale delle donne tra i magistrati ordinari ha superato la metà del totale. Ma, come può ricavarsi dall'amplissimo dibattito sulle questioni di genere, se gli interventi rivolti a tale fine si limitano ad aprire alle donne le porte degli organi elettivi «quel tanto che basta per non dire che sono chiuse» (A. BESUSSI, 1999, 59), essi producono risultati di scarso rilievo, senza riuscire a incidere su «quella sorta di circolo vizioso in cui le differenze di genere si riproducono all'infinito come differenze di potere che producono differenze di genere» (PEZZINI, 2016, 7).

Ora, a me pare che il sorteggio proposto nel “disegno Bonafede” rientri nel novero di misure siffatte: in quanto congegnato per dare applicazione al principio verdiano secondo cui “questa o quella per me pari sono”, esso opererà una selezione che prescinderebbe dalla capacità, dall'esperienza e dal percorso professionale delle donne che saranno individuate. Tale esito, come si è visto, si produce anche con riguardo ai magistrati estratti al fine di raggiungere il numero minimo delle candidature, ma acquista un particolare rilievo con riferimento all'attuazione degli artt. 3 e 51 Cost. Se, infatti, è vero che il sorteggio delineato nel disegno in esame assicura un numero congruo di candidature femminili, è vero anche che tutte quelle così selezionate appariranno prive di spessore, di prestigio e di autorevolezza. Si può dubitare, perciò, che le donne individuate dalla sorte concorreranno *davvero* alla pari con i magistrati le cui candidature risultino frutto di una scelta consapevole, siano accompagnate da un programma elettorale e –*last but not least*– siano sostenute dalla fiducia manifestata dai colleghi che ne hanno sottoscritto la presentazione. Inoltre, il ricorso al sorteggio come rimedio al *gap* di genere suggerisce che l'impegno del legislatore su questo fronte possa limitarsi all'affidamento all'azione benevola del caso, e non già alla elaborazione –di certo molto più faticosa e impegnativa– di politiche di lungo periodo, orientate a favorire «un'intensa azione di crescita culturale» (Corte cost., sent. n. 422/1995) e perciò mirate a contrastare le «resistenze sociali e culturali ancora diffuse» (Corte cost., sent. n. 4/2010).

In conclusione, il sorteggio appare lo strumento meno adatto a riequilibrare il rapporto tra i sessi nell'accesso alle elezioni della componente togata del CSM. Proprio per questo, non basta presentarlo come meccanismo (in apparenza) rivolto alla rottura del fatidico “soffitto di cristallo” per consentire l'accantonamento dei dubbi di costituzionalità che esso suscita.

6. Segue: la preferenza di genere (doppia... o no?)

Un'ulteriore perplessità sulla logica seguita dal disegno al fine di realizzare la parità tra i sessi si affaccia anche con riferimento alla norma sulla doppia preferenza di genere, prevista in occasione del ballottaggio: pure in tal caso, come si è accennato, è contemplato un coefficiente di riduzione (pari a 0,80) per la preferenza collocata al secondo posto sulla scheda. Ora, come è noto, la doppia preferenza di genere è stata congegnata, sin dal suo esordio nella legge elettorale campana, in modo tale che il secondo voto dato dall'elettore *valga quanto il primo*, ed è in questa configurazione che essa, dopo aver superato indenne il giudizio di costituzionalità (Corte cost., sent. n. 4/2010) ha trovato recezione in diversi casi nella legislazione elettorale nazionale e in quella regionale (D'AMICO M., 2020, 92 ss.).

1741

Diviene perciò inevitabile chiedersi la ragione della introduzione del coefficiente di riduzione: in linea con le coordinate di fondo del disegno di legge, anche questa novità si riconduce, probabilmente, all'intento di incrementare il grado di imprevedibilità del risultato delle urne. Sennonché, come si ricava dalla sentenza della Consulta ora citata, caratteristica precipua della doppia preferenza di genere è proprio quella di non consentire alcun pronostico sul risultato della sua applicazione, poiché essa *favorisce* –e non *determina* in modo automatico– il riequilibrio tra i sessi nelle assemblee elettive. Le norme che prevedono tale misura –rileva la Corte, nella sentenza ora citata– producono «il risultato di un'azione positiva», ma solo *indirettamente ed eventualmente*: anche quando si registri l'innalzamento della componente femminile in senso all'organo elettivo, tale risultato dipenderà, in realtà, «dalle libere scelte degli elettori, cui si attribuisce uno specifico strumento utilizzabile a

loro discrezione». In questa luce, può dirsi che ove sia prevista, la doppia preferenza di genere già *di per sé* incrementa l'aleatorietà del risultato elettorale: l'assegnazione al secondo voto di un coefficiente di riduzione si presenta, perciò, come un correttivo *non necessario* e, soprattutto, come un correttivo *contraddittorio* rispetto alla *ratio* della misura. Essa, infatti, non esige semplicemente che l'elettore possa compiere una seconda scelta, richiedendo anche che questa “*doppi*” *letteralmente la prima*, nel senso che *entrambi i voti devono produrre i medesimi effetti*: è vero che il secondo voto è facoltativo, ma è anche vero che gli elettori dovrebbero decidere *liberamente* se darlo o meno, e che laddove il legislatore suggerisca che la seconda preferenza sia meno rilevante ed “utile” della prima, essi potrebbero essere indotti a non formularla.

1742

In altre parole, la seconda preferenza non ha nulla a che vedere con il gradimento dell'elettore verso i candidati, come nel caso della preferenza multipla che condiziona l'accesso al ballottaggio, mirando invece –per citare ancora la sent. n. 4/2010 della Consulta– a delineare «una eguaglianza di opportunità particolarmente rafforzata» attraverso norme che promuovono l'equilibrio di genere nella rappresentanza. Il minor “peso” attribuito al secondo voto altera, dunque, il funzionamento *standard* della doppia preferenza di genere –al punto che non sembra del tutto corretto utilizzare tale *nomen*– in conseguenza della ibridazione con la logica, molto diversa, della preferenza multipla nel caso del voto al primo turno: da qui, la messa a rischio della capacità della misura di favorire la parità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive. Forse, questa innovazione non determina di per sé un vizio di costituzionalità, ma di certo getta qualche ombra sull'idoneità della misura a perseguire il fine imposto dagli artt. 3 e 51 Cost.

7. Conclusioni

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge l'*astrusità* del sistema elettorale delineato dal “disegno Bonafede” (LUCIANI, 2020, 486). Un conto è il tentativo di definire le leggi elettorali «sotto un “velo di ignoranza”» in modo tale che non si possa sapere in partenza a chi gioveranno o a chi nuoceranno (SILVESTRI, 2020, 1), un altro è piegarne le regole

alla ricerca ossessiva della imprevedibilità dei risultati, a scapito della razionalità complessiva del sistema e, nel caso di specie, del rispetto delle norme costituzionali sul Consiglio superiore della magistratura.

A tale ultimo proposito, nel giro di queste brevi note si può rilevare come la complessa struttura del Consiglio, non casualmente simile a quella della Corte costituzionale, si spieghi in relazione alla sua natura di organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria¹³. In particolare, la scelta dei Costituenti in favore dell'elezione dei membri togati da parte di tutti i magistrati ordinari acquista un significato pregnante, poiché essa consente che il Consiglio sia *rappresentativo*: non, ovviamente, nel significato che a tale termine si dà con riferimento agli organi propriamente politici, ma nel senso che l'elezione permette la «rappresentazione» della molteplicità di posizioni e idee presenti all'interno del corpo giudiziario¹⁴. Tale peculiare *rappresentatività*, combinandosi con la presidenza assegnata al Capo dello Stato, con la presenza degli altri membri di diritto e con quella della componente “laica”¹⁵, contribuisce ad alimentare la legittimazione del Consiglio quale organo che, attraverso l'ampio novero delle sue attribuzioni, esercita le funzioni di garanzia non soltanto in una prospettiva «custodiale-conservativa», ma anche in una dimensione «attuativo-evolutiva», al pari del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale (G. SILVESTRI, 2020, 2). Come è noto, con riguardo ad ognuno dei tre organi, benché con declinazioni differenti, la riflessione scientifica ha messo in luce la componente di *politicalità* che li connota: nel caso del Consiglio, questa connotazione può ricondursi –secondo un chiaro insegnamento– alla circostanza che esso «esprime una *policy*, cioè un complesso di criteri orientativi» valevoli per l'esercizio delle funzioni ad esso attribuite dalla Costituzione e

13 Da qui, l'improprietà delle ricorrenti definizioni di “organo di governo” o di “organo di autogoverno” della magistratura (sulla natura a-tecnica di quest'ultima formula, v. le precisazioni di Corte cost., sent. 142/1973). Ricostruisce l'annoso dibattito sul punto, ora, GIUPPONI, 2021, 1 ss. del *paper*.

14 Così, DAL CANTO, 2019, 3, ma v. anche, tra i contributi più recenti, D'AMICO G., 2020, 101 ss.; SILVESTRI, 2020, 7; ROMBOLI, 2020, 510 ss.

15 Impossibile dare conto dell'amplessissima letteratura sulla composizione del CSM: si rinvia, per tutti a ZANON, BIONDI, 2019, 26 ss.; BIONDI, 2021, 5 ss. del *paper*.

dalle leggi, senza per questo «interferire con le *politics*, cioè con la politica partitica»¹⁶.

Sulla base di queste premesse, considerando quanto già osservato circa la tendenziale incompatibilità dei sistemi a impianto maggioritario con la natura di organo di garanzia del Consiglio, e circa i rischi connessi a quelli a doppio turno, sembra inevitabile auspicare che la riforma della l. n. 44/2004, coerentemente con la peculiare *rappresentatività* dell'organo, si orienti verso i sistemi elettorali a turno unico e a struttura proporzionale. Al tempo stesso, il legislatore dovrebbe anche tenere conto, per un verso, che questi sistemi, «senza correttivi, rischiano di esaltare, non di ridurre, il ruolo dell'associazionismo organizzato, anche nelle sue manifestazioni meno commendevoli» (LUCIANI, 2020, 13); per l'altro, che appare imprescindibile l'adozione di misure volte a superare la storica disparità di genere che affligge il Consiglio¹⁷. Non sembra, invece, che tra gli obiettivi da perseguire vi sia anche quello, evidenziato invece nella relazione di accompagnamento al “disegno Bonafede”, di «assicurare la prossimità del candidato all'elettorato (con conseguente disintermediazione dei gruppi associativi)», finalità che giustificerebbe l'introduzione

16 In tal senso, PIZZORUSSO, 2019, 116. Di recente, SILVESTRI, 2020, 3 ss., discorre di «forza politica» e di «politicità intrinseca» del CMS (richiamando la nota ricostruzione di Martines, 2000, spec. 155 ss.), e riferisce all'organo un *indirizzo politico-giudiziario* (Silvestri, 2017, 22 ss.), da inscrivere all'interno di quello che Paolo BARILE (Barile, 1958, 308), definiva «indirizzo politico-costituzionale». In argomento, v. le considerazioni di D'AMICO G., 2020, 92 ss.

17 Anche tale ultimo obiettivo, tuttavia, va perseguito nel rispetto delle coordinate costituzionali. Ad esempio, desta qualche perplessità la proposta che, nel quadro di un sistema basato su collegi binominali in cui si confrontano candidature individuali, con l'espressione di un'unica preferenza e l'elezione in ogni collegio dei due candidati più votati, suggerisce la riserva di due seggi ai candidati non eletti del genere meno rappresentato che abbiano conseguito il maggior numero di voti nel proprio collegio (IMARISIO, 2020, 474 ss.). Vero è che così si garantirebbe una quota di risultato (cfr. in proposito, la delibera del CSM del 2 aprile 2014, intitolata *Le quote di genere: indispensabile arricchimento della rappresentanza democratica*, in www.csm.it). Ma l'applicabilità nel nostro ordinamento di un'azione positiva siffatta non è del tutto scontata, in quanto riconducibile a quelle «misure volutamente disuguali» su cui la Consulta si è espressa negativamente (cfr. sent. n. 49/2003; v. anche la già citata sent. n. 4/2010. In tema, v. *ex multis* AA.VV., 2017; D'AMICO M., 2020, 387 ss.; LENDARO, 2020; PEZZINI, 2021, 74 ss.). Inoltre, la soluzione proposta condurrebbe in Consiglio magistrati *non eletti*, esito incompatibile con l'art. 104, c. 4, Cost.

di collegi territoriali ristretti. Posto che non basta certo ridurre le dimensioni dei collegi perché le associazioni perdano *ipso facto* la loro influenza, per questa via si corre il rischio, come già accennato, di cadere «nei rischi del localismo, non meno pericolosi di quelli derivanti dal correntismo» (ROMBOLI, 2020, 25).

Pur restringendo in tal modo il campo dell'intervento riformatore, le opzioni percorribili restano molteplici, come si ricava dalle tante proposte dottrinali¹⁸ e da quelle provenienti dalle commissioni istituite *ad hoc* che si sono succedute nel corso degli anni¹⁹.

Bisognerebbe comunque accantonare le aspettative sulla «capacità taumaturgica» delle riforme elettorali (D'AMICO G., 2020, 88 ss.): nessun intervento di ingegneria costituzionale, per quanto sofisticato, può assicurare che i titolari delle funzioni pubbliche svolgano il proprio mandato «con disciplina e con onore» (art. 54, c. 2, Cost.). Inoltre, quando si ridefiniscono i meccanismi che presiedono alla trasformazione dei voti in seggi, è inevitabile che i soggetti interessati dalle nuove regole rimodellino le proprie strategie, al fine di massimizzare i benefici e di minimizzare gli svantaggi. Queste considerazioni, tuttavia, non preludono ad una resa al disincanto o alla rassegnazione, ma inducono piuttosto a ritenere che il sistema elettorale per la componente togata del CSM debba, infine, «essere semplice e di rendimento (relativamente) prevedibile» (LUCIANI, 2020, 486). In questa prospettiva, ad esempio, rispetto a meccanismi complessi e mai sperimentati nel nostro ordinamento, come quello del voto singolo trasferibile, mi sembra maggiormente persuasivo il suggerimento formulato da Gaetano Silvestri già alla fine del secolo scorso (SILVESTRI, 1997, 180 ss.), ispirato al vecchio sistema elettorale del Senato, che «coniugava visibilità dei singoli candidati e sistema proporzionale temperato nell'assegnazione dei seggi» (Id., 2017, 28). In sintesi, la

18 Per una panoramica, v. tra i contributi più recenti Romboli, 2020, 4 ss.; DAL CANTO, 2021, 17 ss.

19 Cfr., ad esempio, La *Relazione* della c. d. Commissione Balboni, cit., e la *Relazione della Commissione ministeriale per le modifiche alla Costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, c. d. Commissione Scotti, nominata nella scorsa legislatura dal Ministro della giustizia, consultabile in www.giustizia.it.

proposta, partendo dall'innalzamento del numero dei componenti togati a 20, contempla la divisione del territorio nazionale in diciotto collegi elettorali uninominali, cui si aggiunge un collegio binominale, riservato ai magistrati della Corte di cassazione e della Procura generale presso di essa. Le candidature sono individuali, così da consentire anche quelle slegate dall'appartenenza alle associazioni, ma la proposta prevede il collegamento obbligatorio tra i candidati singoli con almeno due candidati di altri collegi, al fine di costituire un gruppo. In tal modo, il sistema non "finge" che le associazioni non esistano, ma nemmeno esclude che possano nascere nuove aggregazioni basate sulla condivisione di posizioni ideali e culturali, facendo del gruppo determinato dal collegamento il «punto di riferimento in sede di distribuzione dei seggi, da effettuarsi, su scala nazionale, con il sistema proporzionale, metodo d'Hondt» (Id., 2017, 28). Quest'ultimo, come si sa, può definirsi come il "meno proporzionale" tra i metodi utilizzati per la trasformazione dei voti in seggi nei sistemi elettorali a base proporzionale, poiché –non prevedendo resti– evita il prodursi di una frammentazione eccessiva. In questo quadro può facilmente inserirsi la doppia preferenza di genere (ovviamente, senza coefficiente di riduzione per il secondo voto): peraltro, nell'ipotesi di inesistenza nel collegio di candidati di entrambi i generi, potrebbe prevedersi la possibilità, per l'elettore, di dare il proprio secondo voto ad una candidatura di altro collegio (Id., 2020, 8).



Bibliografia

1. AA.VV., *Eguaglianza di genere in magistratura*, a cura di M. D'Amico, C. M. Lendaro, C. Siccardi, Franco Angeli, Milano, 2017.
2. BARILE P., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 295 ss.
3. BESUSSI A., *Togliere l'etichetta. Una difesa eccentrica dell'azione positiva*, in AA.VV., *Donne in quota*, a cura di B. Beccalli, Feltrinelli, Milano, 1999, 45 ss.
4. BIONDI F., *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.*, 1/2021.

5. BRUTI LIBERATI, E., *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2018.
6. Id., *Quale sistema elettorale per quale CSM*, in www.questionegiustizia.it, 18 giugno 2020, 1 ss.
7. DAL CANTO F., *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino 2020.
8. Id., *Verso una nuova legge elettorale del CSM: contrastare la lottizzazione preservando il pluralismo*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 459 ss. (www.forumcostituzionale.it).
9. Id., *Le prospettive di riforma del sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2021, 1 ss. (www.gruppodipisa.it).
10. D'AMICO G., *I difetti dell'attuale sistema elettorale: una prospettiva per il futuro prossimo che non metta a rischio l'autonomia della magistratura*, in AA.VV., *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, a cura di B. Bernabei, P. Filippi, Wolters Kluwer Italia, Milano 2020, 88 ss.
11. D'AMICO M., *Magistratura e questione di genere: alcune riflessioni sulla (necessaria) presenza femminile nel Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 382 ss. (www.forumcostituzionale.it).
12. Id., *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Carrocci, Roma 2020.
13. GIUPPONI T., *Il Consiglio superiore della magistratura e le prospettive di riforma*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.*, 1/2021.
14. GROSSO E., *Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM*, in www.questionegiustizia.it, 30 luglio 2020.
15. IMARISIO L., *Un contributo al confronto sulla riforma elettorale del CSM: le potenzialità del modello maggioritario binominale*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 474 ss. (www.forumcostituzionale.it).
16. LENDARO, C. M., *Audizione* (Camera dei deputati, 21 gennaio 2021), in *Giudicedonna.it*, 3-4/2020.
17. LATTANZI G., *Giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in www.csm.it, 2018.
18. LUCIANI M., *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, in www.questionegiustizia.it, 23 luglio 2020.
19. Id., *Veri e falsi problemi del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 483 ss. (www.forumcostituzionale.it).
20. MARTINES T., *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora in ID., *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 3 ss.

21. PANIZZA S., *Sulla possibilità di costituire gruppi tra i componenti del Consiglio superiore della magistratura*, in *Forum di Quad. cost.*, 4/2020, 409 ss.
22. PEZZINI B., *Quote di partecipazione di genere (e/o femminili) per le elezioni del CSM*, in *Giudicedonna.it*, 4/2016.
23. Id., *Del CSM come sguardo e come volto delle questioni di genere nella magistratura*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2021, 74 ss. (www.gruppodipisa.it).
24. PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino 1990, ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 11 ss.
25. REILLO G., *Il ddl sulla riforma del sistema elettorale del CSM: di nuovo un caso di eterogenesi dei fini*, in *Giudicedonna.it*, 2/2020.
26. ROMBOLI R., *Una riforma "epocale" della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? (Osservazioni al ddl costituzionale n 4275 presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011)*, in *Riv. Aic*, 3/2011, 1 ss. (www.rivistaic.it).
27. Id., *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in www.questionegiustizia.it, 25 maggio 2020.
28. Id., *Le modifiche alla legge elettorale del Csm nel disegno di legge "Bonafede": la nuova figura del "candidato per caso"*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 504 ss. (www.forumcostituzionale.it).
29. ROSSI N., *La riforma del Csm proposta dal Ministro Bonafede*, in www.questionegiustizia.it, 12 luglio 2019.
30. Id., *Rimpicciolire il CSM? Osservazioni critiche sul progetto di riforma del CSM*, in www.questionegiustizia.it, 4 settembre 2020.
31. Id., *Questione morale o questione democratica?*, in www.questionegiustizia.it, 26 gennaio 2021.
32. SALAZAR C., *Questioni vecchie e nuove sul sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giudicedonna.it*, 2-3/2019.
33. SANTALUCIA, G., *I sistemi elettorali nella storia del CSM: uno sguardo d'insieme*, in *Giustizia insieme*, 20 ottobre 2020 (www.giustiziainsieme.it).
34. SAVIO V., *Il sorteggio dei candidati al Csm, una riforma incostituzionale, irrazionale, dannosa*, www.questionegiustizia.it, 24 ottobre 2018.
35. SAVIO V., *Come eleggere il CSM, analisi e proposte: il sorteggio è un rimedio peggiore del male*, in www.questionegiustizia.it, 26 giugno 2019.
36. SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997.
37. Id., *L'indipendenza della magistratura come ordine. Il Csm e le sue funzioni "politiche". Il problema della sua composizione e quello del vincolo sostanziale di*

mandato nei confronti del Parlamento, dei partiti e delle correnti della magistratura, in AA. VV., *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Bagno a Ripoli, 2016, 126 ss.

38. Id., *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2017, 19 ss (www.questionegiustizia.it).
39. Id., *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistema penale*, 1 ss., 20 giugno 2020 (www.sistemapenale.it)
40. Id., *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio e una riflessione sul futuro del CSM. Conclusioni*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4/2020, 513 ss. (www.forumcostituzionale.it).
41. URBINATI N., VANDELLI L., *La democrazia del sorteggio*, Einaudi, Torino 2020.
42. VOLPI M., *Il Consiglio superiore della magistratura tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, III, 2615 ss.
43. Id., *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Riv. AIC*, 2/2020, 356 ss. (www.rivistaic.it).
44. Id., *Il Consiglio superiore della magistratura. Snodi problematici e prospettive di riforme. Relazione introduttiva*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1/2021, 29 ss. (www.gruppodipisa.it).
45. ZAGREBELSKY V., *La resa dei conti e la reazione della magistratura*, in *Giustizia insieme*, 15 giugno 2020 (www.giustiziainsieme.it).
46. ZANON N., BIONDI F., *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 667 ss.
47. ZANON N., BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna 2019.



Escriben

Gianluca Famiglietti	Blanca Rodríguez Ruiz
Antonello Lo Calzo	Silvia Romboli
Tania Groppi	María Ruiz Dorado
Nicola Pignatelli	Angioletta Sperti
Emanuele Rossi	María Elena Attard Bellido
Abraham Barrero Ortega	Silvia Bagni
Aldacy Rachid Coutinho	Michele Carducci
Luiz Alberto David Araujo	Paolo Caretti
Francisco Javier Díaz Revorio	Paolo Carnevale
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo	Pasquale Costanzo
Elena Malfatti	Emanuele Corn
Elvira Méndez Chang	Domingo García Belaunde
Saulle Panizza	Luis López Guerra
Paolo Passaglia	Augusto Martín de la Vega
Luis Alberto Petit Guerra	Lucio Pegoraro
Antonio Ruggeri	Juan Manuel Sosa Sacio
Néstor Pedro Sagüés	Giovanni Tarli Barbieri
Gaetano Silvestri	Luis Aguiar de Luque
Fernando Facury Scaff &	Giuseppe Camapanelli
Antonio Moreira Maués	Francesco Dal Canto
Antonio Arroyo Gil	Ernesto Blume Fortini
Víctor Bazán	Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Ana Carmona Conteras	Itziar Gómez Fernández
Marc Carrillo	Gorki Gonzales Mantilla
Rubén Martínez Dalmau	Massimo Luciani
Ascensión Elvira Perales	Haideer Miranda Bonilla
Estefânia Maria de Queiroz Barboza	Giorgia Pavani
& Gustavo Buss	Andrea Pertici
Fernando Rey Martínez	Sabrina Ragone
Miguel Revenga Sánchez	Carmela Salazar

ISBN: 978-612-4464-09-6

