

Alessandro Pace, Perfecto Andrés Ibáñez *Immunidad del poder en Italia*

27



ISBN 978-84-615-0159-5



9 788461 501595

Alessandro Pace
Perfecto Andrés Ibáñez

*Immunidad del poder
en Italia*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

ALESSANDRO PACE. Ha sido profesor ordinario de Derecho Constitucional en la Universidad La Sapienza, de Roma y Presidente de la Asociación Italiana de Constitucionalistas; es Director de la Revista *Giurisprudenza Costituzionale*. Profesor visitante en universidades extranjeras y ponente en congresos internacionales. Es autor de más de 200 publicaciones. Sobresale su permanente interés por el estudio de las libertades públicas y por las libertades de expresión e información.

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Es Magistrado del Tribunal Supremo, autor de varios libros y múltiples trabajos sobre cuestiones propias de la jurisdicción. Director de la revista *Jueces para la Democracia*. Información y debate. Es autor de libros y artículos sobre el Poder Judicial, garantías constitucionales y otros temas afines. Colaborador de revistas especializadas nacionales y extranjeras. Sus últimas obras: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (Buenos Aires 2009) y *Cultura constitucional de la jurisdicción* (Bogotá 2010).

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Inmunidad del poder
en Italia*

Alessandro Pace
Perfecto Andrés Ibáñez

*Inmunidad del poder
en Italia*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2011 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Alessandro Pace, Perfecto Andrés Ibáñez

I.S.B.N.: 978-84-615-0159-5

Depósito Legal: M-20067-2011

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

LAS INMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚ- BLICA Y DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO EN ITALIA (<i>Alessandro Pace</i>)	11
1. No «antiberlusconismo» sino defensa del principio de igualdad	11
I. Las inmunidades penales extrafuncionales del Presi- dente de la República	16
2. La inmunidad del Presidente de la República por delitos extrafuncionales y la corres- pondiente improcedibilidad procesal en los debates de la Asamblea Constituyente	16
3. Los argumentos textuales, de fuente legislativa, opuestos a la tesis de la improcedibilidad	

temporal de la acción penal contra el Presidente de la República por delitos extra- funcionales. La pretendida praxis favorable a la impro- cedibilidad. Crítica	26
4. Mi desacuerdo con la tesis de que «por razones de oportuni- dad y de conveniencia» la Asamblea Constituyente habría omitido prever un órgano del mismo rango que el Presidente de la República, competente para juzgarlo por los delitos extrafuncionales	34
II. Las inmunidades penales extrafuncionales de los miem- bros del Gobierno	41
5. Las cuatro disposiciones de favor establecidas para el Presidente del Gobierno y otros cargos. Un primer balance	41
6. La ley Vietti sobre legítimo impedimento. «El sereno desempeño de las funciones» en las sentencias números 24/2004 y 262/2009	49

7. «El sereno desempeño de las funciones» puede entrar en juego sólo en relación con los actos y hechos funcionales. La sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso Clinton versus Jones y la sentencia de la Corte Constitucional número 225/2001 53
8. Paréntesis. Algún ulterior apunte sobre el ordenamiento estadounidense y sobre una propuesta inspirada en él, que puede compartirse 60
9. Sobre la ilegitimidad constitucional de la ley 51/2010 por contradecir a los arts. 3 y 101 de la Constitución 62
10. Sobre la ilegitimidad constitucional del proyecto de ley constitucional número 2180 AS opuesto al artículo 3 de la Constitución en lo referido al Presidente de la República 70
11. Sobre la ilegitimidad constitucional del proyecto de ley constitucional número 2180 AS opuesto a los artículos 1

y 3 de la Constitución, en lo referido al Presidente del Gobierno	77
DESVIACIONES CRIMINALES EN LA POLÍTICA, CONSTI- TUCIÓN Y JURISDICCIÓN <i>(Perfecto Andrés Ibáñez)</i>	89
‘Paradigma’ Berlusconi: ¿una ex- clusiva italiana?	89
Discrecionalidad del poder: fuente de riesgo	103
El partido ‘ensimismado’	111
Estado constitucional demediado	122
Imprescindible jurisdicción	130
Fueros especiales: ¿garantía de qué?	142

LAS INMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO EN ITALIA*

Alessandro PACE

1. No «antiberlusconismo» sino defensa del principio de igualdad.

Es reductivo y equivocado reconducir a un pretendido «antiberlusconismo» el permanente debate jurídico-institucional sobre las afirmadas inmunidades procesales del presidente del gobierno. Es reductivo y equivocado porque, incluso «el capítulo Berlusconi», tan destacado y persistente, antes o después se cerrará, como se cerró, transcurridos siete años (ciertamente con alguna consecuencia)¹,

* Ponencia en el seminario «*Le immunità penali della politica*» celebrado en Perugia en los días 12 y 13 de noviembre de 2010. El ensayo aparecerá, con modificaciones, en *Scritti in onore di Franco Modugno*, a quien está afectuosamente dedicado.

Traducción de Carmen Casado Navarro.

¹ Como el recurso por conflictos de atribuciones entre poderes contra dos sentencias de la Corte de Casación que admitieron los recursos de los senadores

el «capítulo Cossiga» que tantos problemas planteó a los constitucionalistas².

Así, continuará con otros nombres y otros protagonistas la batalla cultural y política —ya iniciada, en nuestro ordenamiento, mucho antes del advenimiento de la República³—

Sergio Flamigni y Pierluigi Onorato. La resolución de admisión número 455/2002 se encuentra en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, págs. 3745 y ss.; el recurso fue estimado solo en parte por la Corte Constitucional en la sentencia número 154/2005.

² Piénsese, entre otras cosas, en el mensaje del Presidente Cossiga de 16 de junio de 1991 «sobre las reformas institucionales y sobre los procedimientos idóneos para realizarlas» (en *Giurisprudenza Costituzionale* 1991, págs. 3343 y ss.) que dio lugar a importantes polémicas; se consideró que el entonces Jefe de Estado había traspasado sus atribuciones constitucionales (a propósito véase ad exemplum el Debate entre numerosos constitucionalistas publicado en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, págs. 3209 y ss.), en relación con las numerosas y precipitadas opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo, entre ellas algunas tan excesivas, que determinaron en 1991 un intento de imputación. Sin embargo, las denuncias fueron archivadas por la correspondiente comisión parlamentaria mediante una decisión criticada por muchos. Véase *Atti del Senato*, XI legislatura, 155^o res., 11 de mayo de 1993.

³ Véanse posturas a favor de una interpretación restrictiva de las inmunidades parlamentarias de L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, volumen II, Lavagnino, Genova, 1859, pág. 288 y de L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, volumen II, Pellas, Firenze, 1884, pág. 507, fuertemente contestadas por V. E. Orlando, *Immunità parlamentare ed organi sovrani* (1933),

en favor de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. En efecto, si en un pasado todavía reciente políticos, politólogos y juristas invocaron el artículo 3 de la Constitución frente al uso abusivo de la inviolabilidad parlamentaria, frente a la pretensión de extender la cobertura de la irresponsabilidad funcional del Presidente de la República a las declaraciones difamatorias extrafuncionales y frente a las variadas leyes *ad personam* que caracterizan las vicisitudes berlusconianas; en cuanto al futuro, desgraciadamente, las todavía frecuentes decisiones de inviolabilidad adoptadas vulnerando el artículo 68 párrafo 1 de la Constitución, las generosas negativas de autorización para proceder por delitos ministeriales y los numerosos vetos a las detenciones de parlamentarios, llevan a suponer que siempre habrá políticos que, por lo elevado del cargo que ocupen, consideren sus prerrogativas como privilegios.

Por consiguiente, se trata de una batalla no contra esto o aquello, sino en favor de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. La que la inmensa mayoría de los constitucionalistas italianos, entre ellos los más autorizados, libra desde hace tiempo en nombre de un

ahora en Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, págs. 476 y ss.

principio muy simple, cual es que el titular de un cargo institucional, cualquiera que sea, está sujeto a las leyes comunes, civiles y penales, en relación con todos los actos y comportamientos realizados al margen del ejercicio de sus funciones.

Un principio que, constituyendo desarrollo de la antes recordada proclamación constitucional, sin embargo, puede, ser derogado con referencia prerrogativas fundadas también en concretas previsiones constitucionales, como las contenidas en los artículos 68, 90, 96 y 122.4 de la Constitución. Como ha subrayado la Corte Constitucional, éstas tienen «la doble característica de estar orientadas a garantizar el ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales y la de derogar el régimen jurisdiccional común», componiendo «un específico sistema normativo fruto de una particular ponderación y orden de intereses constitucionales; que el legislador ordinario no puede alterar ni *in peius* ni *in melius*»⁴.

⁴ Corte Constitucional, sentencia número 262/2009, *fundamento de derecho* número 7.3.1. De lo que se sigue que el fundamento constitucional de la derogación constituye una consecuencia de la previsión constitucional del principio de igualdad. Por lo que, con la excepción de las inmunidades expresamente previstas en la Constitución, no es admisible mantener que el legislador ordinario se movería en un ámbito constitucionalmente «indetermina-

Es cierto —y los defensores de las leyes Schifani y Alfano lo han subrayado con reiteración, incluso recientemente⁵— que a tal tesis se opondría, aparentemente, la sentencia número 148/1983, que consideró no ilegítimo el artículo 5 de la ley (ordinaria) 1/1981 que introdujo la inmunidad de los componentes del Consejo Superior de la Magistratura limitándola a las «opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, y concernientes al objeto de los debates». Pero, debe tenerse presente que, desde el punto de vista de la disparidad del tratamiento —aspecto también tomado en consideración por la sentencia 262/2009—, la decisión no debe producir perplejidad, ya que el artículo 5 introdujo una prerrogativa, que como explícitamente subrayó la Corte, estaba conectada al ejercicio de las «funciones constitucionalmente garantizadas» y, por consiguiente, referida a circuns-

do», como por el contrario sostiene G.M. Salerno, *La sospensione dei processi penali relativi alle alte cariche dello Stato davanti alla Corte Costituzionale*, en R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto y P. Veroneri (editore), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge número 124/2008*, Giappichelli, Torino, 2009, págs. 27 y ss. Para una crítica de esta tesis véase A. Pugiotto, *La seconda volta*, en Cassazione Penale, 2010, págs. 57 y s.

⁵ Así, entre otros, C. Chiola, *Lamentatio sulla pietra tombale del lodo Alfano*, en www.forumcostituzionale.it (16 noviembre 2009).

tancias subjetivas ontológicamente distintas de las de un ciudadano común.

Por el contrario, lo que ha suscitado y suscita preocupación acerca de la inmunidad temporal procesal prevista por las leyes Schifani y Alfano y por el proyecto de ley constitucional número 2180 AS (XVI legislatura) es que la misma, afectando a ilícitos extrafuncionales, disciplina situaciones análogas a aquellas en que podría encontrarse cualquiera⁶.

I. Las inmunidades penales extrafuncionales del Presidente de la República

2. La inmunidad del Presidente de la República por delitos extrafuncionales y la correspondiente improcedibilidad procesal en los debates de la Asamblea Constituyente.

Dicho esto, me parece oportuno iniciar el examen puntual de las inmunidades penales extrafuncionales comenzando con las atinentes al Presidente de la República y lo hago tras de

⁶ Este aspecto no se ha tenido en cuenta por P. Gualtieri, *Un criticabile revirement della Corte Costituzionale e l'esigenza di ristabilire una efficace tutela delle più alte funzioni pubbliche*, en www.associazionedeiconstituzionalisti.it (4 de mayo de 2010).

una simple precisión. Si, como pienso desde hace bastante tiempo⁷, nuestro Jefe de Estado, por conscientes opciones constitucionales y legislativas, no goza de inmunidad penal ni de improcedibilidad temporal procesal por delitos cometidos al margen de sus funciones, a idéntica conclusión deberá llegarse *a fortiori* en relación con el Presidente del gobierno y, por consiguiente, en lo relativo a los ministros.

Precisamente por esto, y aunque pueda parecer obsoleto, una vez más partiré de los trabajos de la Asamblea Constituyente, para recordar algunas importantes tomas de posición y contextualizar ciertas afirmaciones que para valorarlas con exactitud es preciso retrotraer al momento en que fueron formuladas.

Comenzaré con la reunión de la Segunda Subcomisión de 4 de enero de 1947. Puesto que el artículo 17 del Proyecto aludía exclusivamente a delitos funcionales, el diputado Tosato comenzó explicando textualmente: «no se ha incluido en el artículo disposición alguna referente a la responsabilidad penal por

⁷ A. Pace, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, en M. Luciani y M. Volpi, (ed.), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, -Bologna, 1997, págs. 371 y ss. o en A. Pace, *I limiti del potere*, Jovene, Napoli, 2008, págs. 23 y ss.

delitos comunes del Presidente de la República, por razones de oportunidad y de conveniencia»⁸ y el diputado Mortati añadió: «la Comisión ha omitido intencionalmente toda reglamentación de la responsabilidad del Presidente. Se trata de una laguna voluntaria de la Carta Constitucional»⁹.

A continuación, en el debate, se enfrentaron varias posiciones que resumió, si bien con escasa precisión, el Presidente Terracini, quien de las mismas recogió cuatro: 1) previsión únicamente de responsabilidad penal funcional del Presidente de la República (tesis de la Comisión); 2) responsabilidad penal ordinaria del Presidente de la República pero sometida a previa autorización de la Asamblea Nacional (tesis del diputado Nobile); 3) responsabilidad penal ordinaria del Presidente de la República pero improcedibilidad hasta la expiración del cargo (tesis del diputado Fabbri); 4) irresponsabilidad penal del Presidente de la República salvo por vulneración de la Constitución (tesis del diputado Mortati).

⁸ Diputado Tosato, en *Atti Assemblea Costituente, Il sottocomitato, prima sezione*, op. cit. pág. 1769.

⁹ Diputado Mortati, en *Atti Assemblea Costituente, Il sottocomitato, prima sezione*, sesión de tarde 4 de enero de 1947, volumen VIII, Roma, Secretaría Cámara de los Diputados, 1970, pág. 1770.

El resumen no fue exacto porque, tal y como se presentó en el informe sumario, la tesis del diputado Mortati no se distinguía de la de la Comisión y porque Terracini silenció la tesis (radical) que él mismo había sostenido. Interviniendo inmediatamente después Mortati, que había hablado de «laguna voluntaria», mostró firmemente su oposición con estas palabras: el Presidente «entiende las razones que pueden haber aconsejado seguir este criterio, pero personalmente es contrario a dejar esta laguna en la Constitución, pues considera que el Presidente de la República, como cualquier otro ciudadano, debe someterse, aunque con ciertas cautelas, a la ley. Ni cree que el hecho de que se evite el procedimiento judicial pueda ser suficiente para salvaguardar el prestigio del cargo, cuando sobre la persona del presidente exista una acusación o una sospecha de culpabilidad»¹⁰. Pero no basta.

Terracini reafirmó dos veces más su aversión a la irresponsabilidad extrafuncional del Presidente de la República. Y en ambas ocasiones para contradecir la propuesta Fabbri dirigida a prever la improcedibilidad de las acciones penales por delitos comunes durante

¹⁰ Diputado Terracini, en *Atti Assemblea Costituente, Il sottocommitato, prima sezione*, volumen VIII, op. cit., pág. 1770.

el desempeño del cargo. En el debate parlamentario Terracini declaró que «prefería antes una laguna que una disposición que confiriese un privilegio excepcional al Presidente de la República, quien no es más que un ciudadano entre los ciudadanos aunque desempeñe una función política. En efecto, no admitiría, que el Presidente de la República, durante siete años, no respondiese ante la justicia de su país». Cuando luego la propuesta se sometió a votación, el Presidente Terracini «personalmente declara que votará en contra, porque entiende que al Presidente de la República en un régimen democrático debe considerársele como un ciudadano más, y como cualquier otro tiene que observar las leyes y responder ante la justicia de su país»¹¹.

El texto del artículo 85 aprobado en Comisión y sometido a la Asamblea Constituyente es, en los apartados 2 y 3, prácticamente idéntico al actual artículo 90¹². El 10 de marzo

¹¹ Diputado Terracini, en *Atti Assemblea Costituente, Il sottocommitato, prima sezione*, volumen VIII, op. cit., pág. 1772.

¹² Artículo 85 del Proyecto: «Ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por el Primer Ministro y por los Ministros competentes que asumen dicha responsabilidad.// El Presidente de la República no es responsable por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, salvo por alta traición o por violación de la Constitución.//En tales casos puede ser

de 1947, en el debate general sobre el Proyecto de Constitución intervino a propósito de tal artículo el diputado Vittorio Emanuele Orlando, quien no podía obviamente compartir ni su letra ni mucho menos su espíritu; solo con que se recuerde su vieja tesis de los órganos soberanos que no serían tales si un magistrado los pudiese juzgar (porque en tal caso ¡el magistrado sería el soberano!)¹³. El autorizadísimo estudioso e ilustre político ironizó al respecto y se preguntó cuál debería ser la regla aplicable al Presidente de la República, si conduciendo un automóvil hu-

imputado por la Asamblea Constituyente por mayoría absoluta de sus miembros.»

¹³ Para un examen de tal tesis puede verse mi *La legge 140/2003 e i principi costituzionali violati*, en *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, volumen III, Giappichelli, Torino, 2005, págs. 15 y ss., o bien en A. Pace *I limiti del potere*, op. cit., págs. 122 y ss. Las obras en las que el maestro siciliano la ha enunciado son, que yo sepa, las siguientes: V.E. Orlando, *Inmunità parlamentare ed organi sovrani*, op. cit., págs. 476 y ss.; Id., *Inviolabilità regia (1938)* y Id., *La responsabilità regia e la deposizione dei re inglesi (1939)*, ambas, también estas, en Id., *Diritto pubblico generale*, op. cit., págs. 459 a 499 y ss. Orlando sustentaba la inmunidad sobre la posición «soberana» de los órganos, que sería negada por la declaración de una jurisdicción cualquiera. (Sin embargo, Orlando diferenciaba la regulación de la inmunidad de los órganos monocráticos de la de los órganos colegiados). Para un examen crítico de la teoría de Orlando, véase también M. Dogliani, *Inmunità e prerogative parlamentari*, en *Il Parlamento*, dirigida por L. Violante, Einaudi, Torino, 2001, pág. 1023.

biese arrollado a alguien; y se representó con horror tanto la emisión de una orden de detención contra el Jefe de Estado, como la citación en una causa civil, o el sometimiento a un interrogatorio...¹⁴.

Sustancialmente y en pocas palabras, Orlando lamentaba que no se hubiese previsto la total inviolabilidad del Jefe de Estado. Con ello dejaba traslucir que no era consciente del cambio acontecido en la forma de Estado ni de que el jefe de estado no era ya un rey sino el presidente de una república democrática¹⁵.

Llegados a este punto, en lo referido a los trabajos preparatorios me resta sólo añadir,

¹⁴ Diputado Orlando, en *Atti Assemblea Costituente*, sesión 10 marzo de 1947, volumen I, op. cit., pág. 296.

¹⁵ Lo que le ocurre también a E. Crosa, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, en «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1951, pág. 112, que en relación a los delitos extrafuncionales, rechazaba la «pretendida invocación del principio de igualdad, inaceptable por su aberrante aplicación a relaciones de naturaleza desigual y por tanto distintas de las contempladas por el principio». Bien distinta era la sensibilidad de otros jóvenes estudiosos (A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, pág. 125) y de tres jovencísimos magistrados, autores del primer comentario analítico de nuestra Constitución (C. Giannattasio, en G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Ginnattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Noccioli, Firenze, 1949, pág. 328).

que en la sesión matinal del día 24 de octubre de 1947 fueron rechazadas, tras un prolongado debate, dos enmiendas semejantes al texto emanado de la Comisión: una del diputado Bettiol («El Presidente de la República, mientras ejerce el cargo, no puede ser perseguido por violaciones de las leyes penales cometidas fuera del ejercicio de sus propias funciones») y otra de Monticelli («El Presidente de la República no puede ser sometido a procedimiento penal durante el ejercicio de sus funciones»). En consecuencia fue también rechazada la enmienda adicional del diputado Corbi a la de Bettiol, con la que se introducía la siguiente reserva: «...salvo que las Cámaras reunidas no apreciaran un caso de impedimento», con lo que se pretendía conferir a las Cámaras la posibilidad de excluir, de entre los delitos extrafuncionales, al menos los más graves¹⁶.

Para finalizar, más que las intervenciones contrarias a estas enmiendas, merece la pena recordar la puntualización del diputado Ruini, Presidente de la Comisión Constitucional, a propósito de la pretendida laguna concerniente a la responsabilidad extrafuncional del Presidente de la República. Dirigiéndose al diputado Monticelli, el Presidente Ruini dijo:

¹⁶ *Atti Assemblea Costituente*, sesión matinal 24 de octubre 1947, volumen IV, op. cit., págs. 3511 y ss.

«Es cierto que, después de haber tratado de la irresponsabilidad por los actos propios del cargo, no se dice nada de los ajenos a la función. Para estos se debe mantener la responsabilidad. Pero la Subcomisión ha considerado que si se trata de violaciones leves no se dará curso a los procedimientos; y para los casos de violaciones graves, que hicieran imposible la permanencia en el cargo, concurrirá uno de los supuestos de impedimento, que también contempla la Constitución. Así, la cuestión es tan delicada que, en este momento, la Comisión considera que es mejor dejar a la praxis la solución de tales supuestos».

Tras la intervención fuertemente opuesta del diputado Calosso, que subrayó, además, que no era democrático «sustraer a la judicatura un ámbito de su función»¹⁷ y tras la del diputado Fabbri que exaltó «la brillante solución del silencio porque en una Constitución no se pueden prever todos los infinitos supuestos»¹⁸, la Asamblea Constituyente rechazó el siguiente artículo adicional propuesto por el diputado Monticelli: «El Presidente de la República no puede, mientras ejerza el

¹⁷ *Atti Assemblea Costituente*, sesión matinal 24 de octubre de 1947, volumen IV, op. cit., pág. 3513.

¹⁸ *Atti Assemblea Costituente*, sesión matinal 24 de octubre de 1947, volumen IV, op. cit. pág. 3516.

cargo, ser sometido a procedimiento penal por hechos extraños al ejercicio de sus funciones»¹⁹.

Enfrentado a una decisión tan clara el «consciente» silencio —conforme había pronosticado Ruini en la primera parte de su intervención— adquiere un significado distinto. En efecto, pues si se yuxtapone a la proclamada irresponsabilidad funcional significa que, en relación con comportamientos extrafuncionales, el Presidente de la República es responsable penalmente como cualquier otro ciudadano.

En cambio, la sanción del impedimento —propugnada por Tosato y retomada por el mismo Ruini en el pasaje arriba citado—, en realidad solo podría hacerse efectiva una vez firme la sentencia penal de condena²⁰.

¹⁹ *Atti Assemblea Costituente*, sesión matinal 24 de octubre de 1947, volumen IV, op. cit., pág. 3516.

²⁰ Así también L. Carlassare, *Artículo 90*, en Gius. Branca (editore), *Comentario della Costituzione*, Zanichelli—Foro italiano, 1983, pág. 153.

3. *Los argumentos textuales, de fuente legislativa, opuestos a la tesis de la improcedibilidad temporal de la acción penal contra el Presidente de la República por delitos extrafuncionales. La pretendida praxis favorable a la improcedibilidad. Crítica.*

Con estas premisas, debe añadirse que son dos los argumentos textuales contrarios a la tesis de la improcedibilidad temporal de la acción penal contra el Presidente de la República, todavía defendida por numerosos autores²¹.

²¹ En sentido favorable a la improcedibilidad por delitos extrafuncionales véanse E. Crosa, *Gli organi costituzionali dello Stato e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, op. cit., págs. 917 y ss.; C. Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, VI edición, Utet, Torino, 1963, págs. 280 ss.; G. Montalbano, *I reati di competenza della Corte Costituzionale*, en *Studi in memoria di Guido Zanolini*, volumen III, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 396; F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, XV edición, volumen I, Cedam, Padova, 1972, pág. 429; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX edición, tomo I, Cedam, Padova, 1975, pág. 542; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, V edición, Utet, Torino, 1982, pág. 699; G. Bettiol y L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, XII edición, Cedam, Padova, 1986, pág. 191; A. Meloncelli, *Diritto pubblico*, II edición, Maggioli, Bologna, 1992, pág. 638; A. Baldassarre, en G. Amato y A. Barbera (editore), *Manuale di diritto pubblico*, V edición, volumen II, Il Mulino, Bologna, 1997, pág. 249; F. Cuocolo, *Principi del diritto costituzionale*, IV edición, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 598 y ss.; Id., *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, IV edición, 2006,

El primer argumento es el siguiente: los artículos 8.3, 9.2 y 3, 10.1 y 2 de la ley 219/

págs. 330 y ss.; U. De Siervo, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, en M. Luciani y M. Volvi (editore), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997, págs. 360 y ss.; T. Martines, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano; XI edición, 2005, pág. 439; G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XI edición, Zanichelli, Bologna, 2007, pág. 453; T.F., Giupponi, *La sentenza sul «lodo Alfano»: le possibili prospettive di riforma*, in www.forumcostituzionale.it (24 de noviembre de 2009); M. Mazziotti di Celso y G.M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, V edición, Cedam, Padova, 2010, págs. 401 y ss.

Opiniones contrarias a la improcedibilidad, véanse A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, op. cit., pág. 125; C. Giannattasio, en G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana*, op. cit., pág. 328; L. Carlassare, *Artículo 90*, op. cit., págs. 151 y ss.; T. Marchi, *Il Capo dello Stato*, en P. Calamandrei y A. Levi (editore), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, volumen II, Barbera, Firenze, 1950, pág. 122; A. Pagliaro, voz *Immunità (diritto penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, volumen XX, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 214; C. Taormina, *procedimenti e giudizi di accusa*, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 86; A. Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI edición, Giuffrè, Milano 1981, pág. 184; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, volumen II, V edición, Cedam Padova, 1984, pág. 458; G. Di Raimo, voz *Reati ministeriali* en *Enciclopedia del diritto*, volumen XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 1159; F. Dimora, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 112; G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, en *Studi in onore de Manlio Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, págs. 592 y ss. (también si con alguna perplejidad sobre las que volveré específicamente en el §

1989, de 5 de junio disponen que cuando la Comisión parlamentaria para decidir sobre las imputaciones considere que no debe proceder porque los hechos cometidos no integran delitos de los previstos por el artículo 90 de la Constitución, o el Parlamento en sesión conjunta declara su propia incompetencia, las actuaciones se trasladarían a la autoridad judicial para que, obviamente, procediese sin más dilaciones²².

El segundo argumento —que ya maneja hace años²³— es el siguiente: ninguna norma ni en materia penal (artículo 159 Código

4; A. Pizzorusso, *Istituzioni di diritto pubblico*, III edición, Jovene, Napoli, 1997, págs. 462 y ss.; A. Pace, *I limiti del potere*, op. cit., págs. 24 ss.; P. Veronesi, voz *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)*, en *Digesto*, disc. Pubbl. volumen XIII, Utet, Torino, 1997, pág. 278; L. Paladin *Diritto costituzionale*, III edición, Cedam, Padova, 1998, pág. 455; A. Spadaro, *Artículo 90*, en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (editore), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, pág. 1755, V. Onida y M. Pedraza Gorlero (editore), *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, pág. 213; C. Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, III edición, Jovene, Napoli, 2009, pág. 341, F. Politi, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, pág. 230.

²² En este sentido G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., págs. 594 y ss. y ya antes, con referencia a la normativa precedente, L. Carlassare, *Artículo 90*, op. cit., pág. 152.

²³ *I limiti del potere*, op. cit., pág. 26.

Penal), ni mucho menos en materia civil (artículos 2941 y 2942 Código Civil), reconoce en el estatus del presidente de la República una causa impeditiva o suspensiva del curso de la prescripción. Lo que constituye una razón válida para sostener que no existe improcedibilidad alguna de las acciones penales y civiles contra el Jefe de Estado por actos extraños a sus funciones. Por tanto, no puede preverse una causa de suspensión del proceso sin, al propio tiempo, disponer la aplicabilidad a tal supuesto del artículo 159 Código de Procedimiento Penal²⁴. (En tal sentido son significativos el artículo 1 de la ley 140/2003 y el artículo único de la ley 124/2008, de los que trataré a continuación). De otra manera la previsión de la improcedibilidad temporal no sería sino un expediente para introducir una inmunidad enmascarada cuando menos para los llamados delitos menores (corrupción, abuso de poder, homicidio culposo no agravado, violencia entre particulares etc.)²⁵. En

²⁴ Admite llanamente que el transcurso de la prescripción, durante los siete años, determina la prescripción del delito T. Martines *Diritto costituzionale*, op. cit., pág. 439, sin subrayar las consecuencias.

²⁵ Respectivamente artículos 319, 323, 589, 610 CP. El elenco de delitos llamados menores que prescribirían en la hipótesis de que se accediese a la tesis de la improcedibilidad es impresionante. A los delitos indicados en el texto deben añadirse, sin pretensión alguna de exhaustividad y sin ánimo de discutir si el titular de un alto cargo del Estado puede mancharse con semejante

conclusión, si no está prevista la suspensión no hay improcedibilidad; y si no hay improcedibilidad el magistrado debe proceder.

Tampoco esta conclusión resulta desmentida por una práctica contraria que, por lo dicho, sería en todo caso ilegítima si no incluso ilícita.

ilícito, algunos como los siguientes: participación en asociación subversiva (artículo 270.2 CP) malversación en perjuicio del Estado (artículo 316 bis CP), violencia (artículo 336 CP) y resistencia a la autoridad (artículo 337), calumnias (artículo 368 CP), falso testimonio (artículo 372 CP) encubrimiento (artículo 378 CP), participación en asociación para delinquir (artículo 416.2 CP), falsedad en documento público (artículo 476 CP), falsedad ideológica (artículo 479 CP), estafa mercantil (artículo 515 CP), incesto (artículo 564 CP), violencia doméstica (artículo 572 CP), actos persecutorios —*stalking*— (artículo 612 bis CP), allanamiento de morada (artículo 614 CP), acceso abusivo a sistemas informáticos (artículo 615 ter CP) detenciones ilegales (artículo 617 CP), hurto en casa habitada (artículo 624 bis CP), estafa incluso agravada (artículo 640 CP) y fraude informático (artículo 640 ter CP).

Hay que recordar que en la II Subcomisión, primera sección, el diputado Fabbri (en *Atti Assemblea Costituente*, sesión de tarde del 4 de enero de 1947, volumen VIII, op. cit., pág. 1770) distinguió, partiendo de las consecuencias de la improcedibilidad (de lo que entonces se debatía) los delitos menos graves de los graves, observando que, en este segundo caso, el curso de la prescripción no podía ser considerado... para determinar la extinción del delito.

No existe una práctica contraria en materia civil porque, como consta, en los procedimientos civiles para el resarcimiento de daños por difamación, promovidos por los diputados Onorato y Flamigni contra el Presidente Cossiga, mientras la Corte constitucional afirmó que corresponde al juez ordinario «decidir, considerando las circunstancias del caso, acerca de la aplicabilidad en concreto de la cláusula excepcional de exclusión de la responsabilidad»²⁶, la jurisdicción ordinaria estableció la plena responsabilidad del imputado por las opiniones manifestadas al margen de sus funciones²⁷. Debe añadirse que en el procedimiento citado la acción civil no fue objeto de suspensión en el breve período transcurrido entre la citación (6 de marzo de 1992) y la expiración de los siete años de mandato (24 de junio del mismo año): aspecto, éste, que la Corte Constitucional consideró en todo caso irrelevante para la decisión en la sentencia 154/2005²⁸.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia número 154/2005, fundamento de derecho quinto.

²⁷ Véase Trib. Roma, 22 de junio de 1993; Cassazione, sección III civil, 8734/2000, 27 de junio; Appelazione Roma, sección II civil, 4024/2004, 23 de septiembre; Cassazione, sección III civil, 4325/2010, 23 de febrero.

²⁸ Corte Constitucional sentencia número 154/2005, fundamento de derecho sexto.

Tampoco existe una práctica contraria en materia penal. Cuantos invocan a favor de la improcedibilidad el «precedente» del procedimiento penal contra, entre otros, el Presidente Scalfaro²⁹ (después archivado en 2001 por falta de fundamento) evidentemente no tienen en cuenta que el delito entonces imputado era un delito funcional, supuestamente cometido por el diputado Scalfaro cuando él era todavía ministro de Interior³⁰. No habría, pues, razón alguna para que el Tribunal de los ministros debiese abstenerse de proceder, tratándose de un delito ministerial (artículo 96 Constitución), que no puede implicar, dada su indudable gravedad (desde el punto de vista institucional), suspensiones por razón de ca-

²⁹ Así por ejemplo T.F. Giupponi, *La sentenza sul «lodo Alfano»: le possibili prospettive di riforma*, en www.forumcostituzionale.it (24 de noviembre de 2009).

³⁰ El equívoco nace de la arbitraria omisión del nombre del entonces Presidente Scalfaro del expediente comprensivo de los datos de identidad de otros dos ex ministros, enviado al Tribunal de los ministros. En el comunicado ANSA del 12 de noviembre de 1993 —integralmente mencionado y criticado por G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., pág. 587 nota 2— el entonces Fiscal de la República de Roma, Vittorio Mele, precisó, entre otras cosas, que «el nombre del Presidente de la República no aparece en el oficio remitiendo el expediente al Tribunal de los ministros porque por disposiciones constitucionales (*¡sic!*), no cabe contra él investigación alguna».

lidad³¹, lo que vale también para el juicio contra el Presidente de la República por alta traición y atentado a la Constitución (artículo 90 de la Constitución)³².

Y el hecho de que el procedimiento contra el exministro del Interior, el diputado Scalfaro, no haya sido oportunamente invocado por el Presidente Ciampi al tiempo de la ley 140/2003, ni por el Presidente Napolitano en relación con la ley 124/2008, ni tampoco tomado en cuenta al aprobarse aquellas leyes, es indicativo —aunque se admitiese— de lo discutible del mismo.

³¹ En este sentido véase, con su habitual agudeza, a V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., pág. 458 y s. Para confirmar esto, recuerdo que en la memoria de la Presidencia del gobierno en el juicio de constitucionalidad del artículo 1 de la ley 140/2003, la Abogacía general del Estado subrayó que «la persecución de los delitos funcionales no puede demorarse, dada la «relevancia del carácter general de los intereses afectados» y su «indudable mayor gravedad desde el punto de vista institucional»» (Corte Constitucional, sentencia número 24/2004, antecedente cuarto).

³² Véase en tal sentido el artículo 12.4 de la ley constitucional 1/1953 de 11 de marzo, que prevé, que una vez decida la imputación, la Corte Constitucional puede disponer la suspensión del cargo. Sería por otro lado absurdo que un proceso que puede conducir a la destitución del Presidente no pueda celebrarse mientras permanezca en el cargo.

4. *Mi desacuerdo con la tesis de que «por razones de oportunidad y de conveniencia» la Asamblea Constituyente habría omitido prever un órgano del mismo rango que el Presidente de la República, competente para juzgarlo por los delitos extrafuncionales.*

Lo argumentado hasta ahora, me lleva, sin embargo, a tomar en consideración las dudas expuestas por el amigo y colega Gianni Ferrara. El mismo, en un buen ensayo, publicado en 1995, tras haber puesto de manifiesto que, en los ámbitos constitucional y legislativo, nuestro ordenamiento prevé indiscutiblemente la responsabilidad penal extrafuncional del Presidente de la República y la procedibilidad de la consiguiente acción penal contra el mismo, ofrece, inopinadamente, algunas justificaciones en relación con el comportamiento omisivo mantenido por el entonces Fiscal de la República en el Tribunal de Roma, con ocasión del procedimiento penal relativo a los fondos reservados SISDE. En efecto, el magistrado trasladó al Tribunal de los ministros las actuaciones relativas a otros dos ministros del Interior, pero no las referentes al diputado Oscar Luigi Scalfaro, entonces Presidente de la República y también exministro del Interior, aduciendo la inexistencia de una disposición constitucional al respecto.

Ferrara encuentra una justificación de tal comportamiento omisivo en primer lugar en la exigencia que tiene el Estado de disponer de «órganos imprescindibles y de que los titulares de los mismos dispongan de una plena autonomía y una serena libertad en el ejercicio de sus funciones»³³ (frente a lo que la literalidad de la Constitución devendría «regresiva»³⁴). Y, en segundo lugar, en el hecho de que la Comisión constitucional decidió no incluir «en el artículo ninguna disposición relativa a la responsabilidad penal por delitos comunes del Presidente de la República por razones de oportunidad y conveniencia»³⁵.

Parto de este segundo argumento, que enlaza con la que el diputado Fabbri denominó la «brillante solución del silencio». Tal solución, en realidad, era una verdadera y auténtica simpleza. En las normas jurídicas el silencio nunca carece de sentido, dependiendo del contexto en que el mismo se da. En particular, como subrayó el Presidente Ruini, era la irresponsabilidad presidencial por delitos funcionales, y no la competencia de la magistratura ordinaria, la que constituía una

³³ G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., pág. 596.

³⁴ G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., pág. 596.

³⁵ Diputado Tosato, en *Atti Assemblea Costituente, Il sottocommitato, prima sezione*, op. cit., pág. 1769.

excepción a los principios generales. Por tanto, el silencio habría lógicamente implicado la aplicación de las normas generales. A lo que se añade que el rechazo de la enmienda Bettiol privó a tal tesis del más mínimo fundamento.

Paralelamente, también las «razones de oportunidad y de conveniencia», a las que aludía Tosato, debían y deben contextualizarse. Si éstas tuvieron fuerza para imponerse en los años en que fue redactada la Constitución y en los inmediatamente sucesivos —en los que la responsabilidad política y moral caracterizaba³⁶ a los titulares de los cargos públicos, y por tanto era lícito suponer que las dimisiones espontáneas habrían suplido las normas incriminatorias (¡máxime en ausencia de ellas!)—, tales «razones de oportunidad y de conveniencia» eran ya mucho menos creíbles en 1994, cuando Ferrara escribió su ensayo.

³⁶ En tal sentido es suficiente recordar las dimisiones anticipadas del Presidente de la República Giovanni Leone, involucrado en los escándalos y en el presunto nepotismo denunciado en un libro de Camilla Cederna, quien, sin embargo, fue luego condenada a una indemnización por daños. Lo mismo se podría decir de la carrera política de Atilio Piccioni, que a pesar de haber sido uno de los fundadores de la Democracia Cristiana y de que fuese por muchos considerado el delfín de Alcide De Gasperi, fue arrastrado por el delito Montesi (en él se descubrió la implicación de uno de sus hijos).

Por el contrario, los muchos y generalizados ejemplos de insensibilidad institucional llevan a concluir que la responsabilidad política y moral no es hoy día una nota característica general de los políticos (constituyendo en la actualidad el patrimonio personal de un restringido círculo de ellos) y, por tanto, debe considerarse que las «razones de oportunidad y de conveniencia», a las que Ferrara se refiere, están ya fuera de lugar. De lo que se sigue que, siendo del todo impropio hablar al respecto de una «laguna aparente»³⁷, la Constitución debe interpretarse tal y como fue redactada en 1947, sin disposición alguna específica relativa a delitos extrafuncionales

³⁷ Sobre las lagunas aparentes véase C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, en *Studi in onore de Emilio Betti*, volumen I, Giuffrè, Milán, 1961, págs. 626 y ss.; C. Mortati, voz *Costituzione dello Stato*, en *Enciclopedia del diritto*, volumen XI, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 201. Como observa Mortati en el pasaje citado, las lagunas aparentes hacen «valer como ciertas aquellas que en realidad son sólo pseudo-lagunas destinadas a eludir el obstáculo puesto por el documento constitucional al logro del fin político perseguido».

En nuestra historia constitucional, el más significativo caso de laguna aparente, fue, la que llevó a entender que el Estatuto albertino careciese, por un mero error de los compiladores, de una cláusula de revisión constitucional, y, por consiguiente fuesen aplicables las normas comunes sobre abrogación de normas ordinarias para su modificación. Sobre este punto, véase mi *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, II edición, Cedam, Padova, 2002, espc. 13, págs. 88 y ss., pág. 286.

imputados al Jefe de Estado, por lo que la competencia para su conocimiento corresponde al juez ordinario y no existe improcedibilidad temporal de la acción penal por razón del cargo.

Quedan los otros dos argumentos esgrimidos por Ferrara. El primero de ellos, que el comportamiento del entonces Fiscal de la República de Roma podría justificarse a la luz del grave contexto político en que se desenvolvía, en que la implicación del entonces Presidente de la República habría podido determinar la disolución anticipada de las Cámaras, dada la notoria gravísima crisis institucional en que el país se encontraba entonces. Razonamiento con el que se podría concordar, aunque con reservas, pero que no puede ser aducido —por su propia especificidad y por constituir una justificación estrictamente política— en favor de la tesis de la improcedibilidad temporal —durante los siete años del mandato— de los procesos por delitos extrafuncionales.

Aún más difícil de compartir es la otra observación de Ferrara, según la que el comportamiento del Fiscal de la República de Roma «sería atribuible a razones todavía más consistentes», que demolerían «la fuerza institucional y política de la que debe estar provisto el órgano que, ya antes del ejercicio

de la acción penal, puede iniciar una investigación contra el Jefe de Estado»³⁸. En otras palabras, el constituyente habría errado al no concretar en un órgano del mismo rango que el Presidente de la República el magistrado competente para perseguir al Jefe de Estado por los eventuales delitos extrafuncionales³⁹.

El argumento es sugestivo, mas declaradamente (demasiado) tributario de la teoría orlandiana de los órganos soberanos, defendible en un régimen predemocrático, carente de constitución rígida en el que la independencia de la magistratura era frágil, pero que no lo es en el vigente ordenamiento jurídico italiano, en el que nuestra Constitución rígida eleva la magistratura y a todos los que la componen, jueces y fiscales, a poder del Estado; donde el principio del juez natural se conecta fuertemente con los ideales de la democracia y de la idéntica igualdad de los ciudadanos ante la ley y donde los obstáculos que cotidiana y sistemáticamente se oponen por los políticos a la labor de la magistratura —y de los que trataré en breve— demuestran la fuerza institucional adquirida por la magistratura

³⁸ G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., pág. 597.

³⁹ G. Ferrara, *Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, op. cit., pág. 598.

italiana⁴⁰ (aunque —debe admitirse— junto con esta, ha surgido, por parte de no pocos magistrados, un exceso de presencia nada recomendable).

En este punto de la exposición, resta sólo el problema de los medios de que dispone la magistratura para la búsqueda de la verdad en los procedimientos por delitos extrafuncionales imputados al Jefe de Estado. Ferrara se ocupa destacadamente de ello preguntándose cuál deba ser la fuerza institucional y política de que debe dotarse al órgano, que «antes del ejercicio de las acciones penales, puede iniciar una investigación contra el Jefe de Estado».

En mi opinión la solución, lisa y llanamente, deriva del artículo 7 de la ley 219/1989. Tal disposición prescribe que sólo una vez que la Corte Constitucional haya dispuesto la suspensión del Presidente de su cargo, la comisión parlamentaria encargada de decidir sobre la imputación puede disponer «interceptaciones telefónicas o de otras formas de comunicación o registros personales o domiciliarios».

Como tal norma tiene intuitivamente un alcance general (porque si vale para los deli-

⁴⁰ Dejamos de lado la fuerza política, ¡que está absolutamente fuera de lugar y que no debería de ninguno modo ser recordada!

tos funcionales, bastante más graves desde el punto de vista institucional, tendrá que ser válida, *a fortiori*, para los delitos comunes), ello significa que la magistratura en los procedimientos penales contra el Presidente de la República por delitos extrafuncionales no puede obtener pruebas mediante interceptaciones telefónicas ni registros, salvo que, para estos últimos, el Presidente haya manifestado su disponibilidad a colaborar.

Lo que implica que la acción penal solo podría promoverse contra el Presidente de la República ejerciente cuando el magistrado estuviese en posesión de pruebas irrefutables —documentales o testificales— de responsabilidad penal. Lo que, desde la perspectiva probatoria, tiene un efecto disuasorio frente a las investigaciones penales temerarias contra el Presidente de la República.

II. Las inmunidades penales extrafuncionales de los miembros del gobierno

5. *Las cuatro disposiciones de favor establecidas para el Presidente del gobierno y otros cargos. Un primer balance.*

A diferencia de lo que acontece en relación con el Presidente de la República, en que una parte de la doctrina es favorable a la improcedibilidad temporal por delitos comu-

nes⁴¹, es absolutamente pacífica la procedibilidad ante la jurisdicción ordinaria de los procesos por delitos ajenos a la función contra el Presidente del gobierno y los ministros.

Por eso, exceptuando el problema de si corresponde a la autoridad judicial o a la Cámara de pertenencia calificar la naturaleza común o funcional del concreto delito eventualmente imputado al ministro⁴², absolutamente simple y rápido habría sido el discurso sobre las inmunidades penales extrafuncionales si los ministros (en 2010) y el Presidente del gobierno (a partir de 2003) no hubieran sido objeto de disposiciones legislativas dirigidas a prever las improcedibilidades temporales en los procesos por delitos extrafunción.

Tales disposiciones son hasta la fecha cuatro, una todavía *in itinere*, aunque no por ello menos digna de comentario.

La primera disposición (artículo 1 de la ley 140/2003 de 20 de junio, denominada comunmente «laudo» Schifani) suspendía los

⁴¹ Véase *supra* la nota 21.

⁴² Véase la sentencia 241/2009, 24 de julio, a la que ha seguido el recurso por conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado elevado al Tribunal de Livorno, sección de Cecina, resolución de 18 de diciembre de 2009, en G.U., serie especiales, número 40 de 6 de octubre de 2010.

procesos penales por delitos extrafuncionales contra el Presidente del gobierno, el Presidente de la República, los Presidentes de las Cámaras y el Presidente de la Corte Constitucional. Suspendía incluso los procesos en curso y los relativos a hechos anteriores a la entrada en vigor de la ley, asimismo, bloqueaba automáticamente las acciones civiles ejercitadas en sede penal, desplegando todos sus efectos hasta el cese en los cargos (era susceptible de reiterarse también en caso de asunción de uno de los otros cuatro cargos). El cómputo de la prescripción se interrumpía durante la suspensión.

La segunda disposición (artículo único de la ley 124/2008 de 23 de julio, comunmente denominado «laudo» Alfano), aprobado tras la declaración de inconstitucionalidad del llamado laudo Schifani (sentencia número 24/2004), suspendía los procesos penales por delitos extrafuncionales contra el Presidente del gobierno, el Presidente de la República y los Presidentes de las Cámaras. Suspendía los procesos en curso y también los relativos a hechos anteriores a la entrada en vigor de la ley. La suspensión era renunciable y operaba durante todo el periodo de desempeño del cargo o de las funciones y no era reiterable, salvo para el caso de nuevo nombramiento en el curso de la misma legislatura. El cómputo de la prescripción se interrumpía durante la

suspensión. La parte civil habría podido trasladar el ejercicio de la acción a la jurisdicción civil.

La tercera disposición (artículos 1 y 2 de la ley 51/2010 de 7 de abril, propuesta entre otros por el diputado Vietti), aprobada tras la declaración de inconstitucionalidad del llamado laudo Alfano (sentencia número 262/2009) no suspende el curso de los procesos pero establece que todas las actividades funcionales del Presidente del gobierno y de los ministros, determinadas mediante la remisión a algunas leyes, y por tanto connaturales a las funciones de gobierno, constituyen un legítimo impedimento, en el sentido del artículo 420-ter código de procedimiento penal, para comparecer a la audiencia en los procedimientos penales en los que el *Premier* y los ministros fueran imputados. El curso de la prescripción permanece en suspenso mientras persista el aplazamiento. Tales disposiciones, reza el artículo 2, «se aplicarán hasta la fecha de entrada en vigor de la ley constitucional que establezca la disciplina orgánica de las prerrogativas del Presidente del gobierno y de los ministros, así como la que regule las modalidades de intervención de los mismos en los procesos penales; y, en todo caso, durante no más de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, a los efectos del artículo 96 de la Constitución,

para permitir al Presidente del gobierno y a los ministros el sereno desempeño de las funciones atribuidas por la Constitución y por las leyes».

La cuarta disposición —como se ha hecho notar antes— es el proyecto de ley constitucional número 2180 AS (XVI legislatura), que en su formulación originaria prevé que cuando la autoridad judicial ordinaria ejercite la acción penal contra el Presidente de la República o el Presidente del gobierno en los procesos en curso e «incluso en relación con hechos anteriores a la asunción del cargo»⁴³, lo comunicará inmediatamente al Senado, en relación con el Presidente de la República, o a la Cámara competente, en relación el Presidente del gobierno, remitiendo lo actuado en el procedimiento. Dentro del término de noventa días, periodo durante el que el procedimiento se suspende, el Parlamento en sesión común —para el Presidente de la República— y la Cámara competente —para el *Premier*—

⁴³ Quienes propusieron este particular, ¡inexplicablemente, se olvidaron precisamente del Presidente del gobierno! De ahí la enmienda Vizzini número 01.100 presentada el 19 de octubre de 2010 que tanto estupor causó en la opinión pública, pero que habría sido extraño que no se hubiese incluido en el texto, puesto que las vicisitudes procesales referidas al diputado Berlusconi afectan sobre todo, si no exclusivamente, a hechos cometidos antes de la asunción del cargo.

pueden disponer la suspensión del proceso. Esta opera mientras dura el cargo y las funciones y el cómputo de la prescripción, a su vez, se interrumpe durante la suspensión. En el caso de que se encuentre personada una parte civil, esta puede transferir la acción a la jurisdicción civil.

Intentemos ahora un primer balance del contenido de las cuatro disposiciones.

En cuanto a los cargos «objeto de protección» sucede que el Presidente de la Corte Constitucional resulta beneficiado una sola vez (sobre todo... por razón de un generoso *aberratio ictus* de la llamada ley Schifani que no había tenido en cuenta el artículo 3 de la ley constitucional número 1/1948 que ya tutelaba adecuadamente, también por los hechos extrafuncionales, al Presidente de la Corte Constitucional)⁴⁴; igualmente los ministros resultan beneficiados una sola vez; los Presidentes de las Cámaras dos sobre cuatro; el Presidente de la República tres veces sobre cuatro (pero de forma discontinua porque el Jefe de Estado desaparece en la tercera disposición para reaparecer en la cuarta). El Presi-

⁴⁴ Véase el cortés pero firme énfasis de la Corte Constitucional en la parte final del «fundamento de derecho octavo» de la sentencia número 24/2004.

dente del gobierno es el único siempre beneficiado.

En las cuatro disposiciones la suspensión afecta únicamente a procesos penales por delitos extrafuncionales, se aplica a los procesos en curso y «también a los relativos a hechos anteriores a la asunción del cargo». Como ya se ha puesto de manifiesto, este último inciso —¡evidentemente un «copia y pega» no muy logrado!— no aparecía, en el texto original del proyecto de ley constitucional número 2180 en relación específicamente con el Presidente del gobierno! De aquí la enmienda «correctora» del senador Vizzini número 01.100 presentada el 19 de octubre de 2010.

El hecho de que el Presidente del gobierno sea el único favorecido en las cuatro disposiciones, de que las mismas se apliquen también a los procesos en curso «en relación con hechos anteriores a la asunción del cargo», hace evidente e indiscutible también desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo que todos saben y dicen (hasta el ministro de Justicia y la mayoría de los parlamentarios lo tratan libremente), pero que la Corte Constitucional —en cuanto juez de las leyes que se presumen abstractas y generales— todavía no ha considerado de manera específica. Es decir, que las cuatro leyes que se examinan

tenían y tienen un único objetivo: imponer «a la jurisdicción penal una suerte de *stand by* por razón del *munus publicum* que grava al imputado, contra quien no se podría proceder mientras dure su mandato»⁴⁵ (obviamente en relación a los delitos comunes, también si cometidos antes de la asunción del cargo).

En definitiva, más allá de las apariencias, el beneficiario es solo uno⁴⁶, tanto porque es el único que aparece siempre, como porque así lo evidencian sus vicisitudes procesales anteriores al cargo. Los otros sujetos indirectamente beneficiados en consideración al cargo ejercido son —*jabsit iura verbis!*— solo comparsas útiles con una sola finalidad: evitar que incluso el más necio elector se dé cuenta de la gravedad del privilegio personal que, bajo la falsa cobertura de una prerrogativa del cargo, se reconoce a un solo individuo.

⁴⁵ G. Giostra, *Repetita non iuvant*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pág. 3708.

⁴⁶ ... como resulta de la carta dirigida por el diputado Belusconi al Presidente del Senado Schifani el 26 de junio de 2008 —es decir, algunos días antes de la aprobación del mencionado laudo Alfano— en la que lamentaba «la ostinada inclinación de los magistrados milaneses en perseguir penalmente al *Premier* ejerciente». Así, R. Orlandi, *Illegittimi privilegi*, en *Cassazione Penale*, 2010, pág. 45, quien señala con exactitud que, aunque esa crítica fuese auténtica, la ley procesal ofrecía al Presidente del gobierno la recusación como medio «para enfrentar y remediar desviaciones de este tipo».

6. *La ley Vietti sobre legítimo impedimento. «El sereno desempeño de las funciones» en las sentencias números 24/2004 y 262/2009.*

A continuación, me ocuparé en primer lugar de la llamada ley del legítimo impedimento. El examen de esta disposición —la única vigente de las cuatro arriba examinadas— obliga a una precisión preliminar.

En efecto, la ley 51/2010 concreta explícitamente su *ratio* en la tutela del «sereno desempeño de las funciones atribuidas por la Constitución y por las leyes» (artículo 2.1 *in fine*) en relación con los hechos extrafuncionales realizados por el titular del cargo. La Presidencia del gobierno y la defensa del diputado Berlusconi lo habían sostenido previamente, sin éxito, ante la Corte Constitucional en los juicios sobre la legitimidad de las leyes Schifani y Alfano. La misma *ratio* fue igualmente invocada por quienes hicieron la propuesta en el *incipit* de la exposición de motivos del llamado laudo Alfano constitucionalizado (proyecto de ley constitucional número 2180 AS)⁴⁷.

⁴⁷ «Distinguidos senadores, el presente proyecto de ley constitucional contiene disposiciones para la tutela del interés en el sereno desempeño de las funciones de los altos cargos del Estado...»

Se ha insistido deliberadamente en un arte-ro equívoco creado por las defensas del Presidente del gobierno y del diputado Berlusconi en los juicios que concluyeron con las sentencias números 24/2004 y 262/2009, que consiste en hacer pasar como tutela procesal de la función, la que, de hecho, concerniendo a delitos comunes, no es otra que una tutela procesal de la persona física antes que de la persona que ocupa el cargo. Un equívoco en el que la Corte Constitucional no cayó ni en la primera ni en la segunda sentencia.

Sin embargo, en la sentencia número 24/2004, la Corte afirmó que «debe revisarse el bien que la medida que se examina quiere tutelar para asegurar el sereno desempeño de las funciones relevantes, inherentes al cargo», bien que constituiría el fundamento de la «presunción absoluta de legítimo impedimento» (fundamento de derecho cuarto). Pero estas dos afirmaciones de la Corte no operan como conclusiones (como consideran y quisieran hacer creer los defensores de las mencionadas iniciativas legislativas), sino que se sitúan al comienzo del examen de la cuestión principal. Constituyen, por así decir, el *thema decidendum*. Esto es tan cierto que al término del mencionado fundamento cuarto, la Corte dice así: «Es preciso ahora determinar y evaluar el modo en que la norma incide sobre los

principios del proceso y sobre las situaciones y los derechos implicados en él».

Habiendo la Corte Constitucional rechazado la tesis de que la ley 140/2003 asegurase efectivamente el «sereno desempeño de las relevantes funciones, inherentes al cargo», con la declaración de inconstitucionalidad de la ley Schifani, no se entiende, entonces, cómo aquellas palabras iniciales pueden encarnar, en positivo, el pensamiento de la Corte y cómo han podido ser ulteriormente usadas en ese sentido. En el puntual examen del artículo 1 de la ley 140/2003, la Corte percibió con claridad cómo la tutela prestada por la ley Schifani atendía a la persona física titular del cargo (y no al cargo), con la consecuente creación «de un régimen diferenciado relativo al ejercicio de la jurisdicción» (*fundamento de derecho sexto, comienzo*).

La relectura de estos pasajes de la sentencia número 24/2004 por la propia Corte Constitucional en la posterior sentencia número 262/2009 conduce a conclusiones análogas pero más netas. Tras haberlos resumido, la Corte concluye así: «De tales inequívocas afirmaciones deriva el corolario de que la suspensión procesal prevista por la ley 140/2003 tiene la *ratio* de proteger la función pública, asegurando a los titulares de los altos cargos el sereno desempeño de sus funciones

(e, indirectamente, de las del órgano al que pertenecen) a través de la atribución de un específico estatus protector». Y añade significativamente: «No tiene relevancia, por tanto, el aspecto psicológico, individual y contingente, de la subjetiva serenidad del concreto titular del cargo estatal, sino solo la objetiva protección del regular desarrollo de las actividades conexas al propio cargo...». Sobre este punto, importantísimo, tendremos oportunidad de volver.

La defensa del diputado Berlusconi había sostenido temerariamente»⁴⁸ que el legítimo impedimento estaba tutelado por la ley número 124/2008 como un aspecto del derecho de defensa «personal» del Presidente del gobierno, mucho más allá de lo que el artículo 24 de la Constitución tutela a los otros ciudadanos (según los defensores del diputado Berlusconi la suspensión procesal servía al *Premier* nada menos que ¡para preparar su declaración!). Por tanto, para justificar la posibilidad de renuncia a la suspensión (artículo 1.2 de la ley Alfano) la Corte subraya que «sería intrínsecamente irrazonable y desproporcionado, res-

⁴⁸ ...quizá sin reflexionar sobre la circunstancia de que no se admite la defensa personal ante la Corte de Casación y que, no obstante esto, incluso los procesos en casación se suspenderían *ex lege*. Así G. Giostra, *Repetita non iuvant*, op. cit., pág. 3709 y ss.

pecto de la pretendida finalidad (la tutela del derecho de defensa), la previsión de una presunción legal absoluta de legítimo impedimento que derivaría del solo hecho de la titularidad del cargo».

Lo que, como enseguida fue captado por la doctrina, sonaba a un *de profundis* para la ley sobre el legítimo impedimento (ley número 51/2010) antes incluso de que la misma fuese aprobada⁴⁹.

7. «*El sereno desempeño de las funciones puede entrar en juego solo en relación con los actos y hechos funcionales. La sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso Clinton versus Jones y la sentencia de la Corte Constitucional número 225/2001.*

En realidad, debería quedar completamente claro que nuestro ordenamiento, como todos, si bien tutela el «sereno desempeño de las funciones atribuidas por la Constitución y por la ley», lo hace solo para el ejercicio de las funciones atribuidas al titular del cargo.

⁴⁹ L. Carlassare, *Indicazioni sul legittimo impedimento e punti fermi sulla posizione del Presidente del Consiglio in una decisione prevedibile*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pág. 3707.

De ahí la especial regulación material para la tutela de la inviolabilidad de los votos y las opiniones del parlamentario prevista por el artículo 68.1 y la procesal para la tutela del estatus del mismo prevista por el artículo 68.2 y 3; el especial tratamiento material y procesal previsto para los delitos funcionales del Presidente de la República por el artículo 90 de la Constitución y por la ley 1/1989; la normativa especial procesal prevista para los delitos funcionales del Presidente del gobierno y de los ministros por el artículo 96 y por la ley constitucional número 1/1989; por último la regulación especial prevista para la tutela de la inviolabilidad relativa a los votos y las opiniones del consejero regional del artículo 122.4 de la Constitución.

En la sentencia número 262/2009, clarificando algunas ambigüedades presentes en la sentencia 24/2004, la Corte, en la misma línea de lo hasta aquí comentado, reconoce que cabe la posibilidad de asegurar «a los titulares de los altos cargos el sereno desempeño de sus funciones (e, indirectamente, de las del órgano al que pertenecen)» como una prerrogativa constitucional y, que en tal sentido también la suspensión procesal por razón de estatus podría ser considerada tal, pero siempre que su *ratio* fuese la de proteger la función pública⁵⁰.

⁵⁰ G. Giostra, *Repetita non iuvant*, op. cit., págs.

Dicho esto, la Corte —como se ha recordado ya— subraya que cuando se habla de «sereno desempeño de las funciones» «no es relevante (...) el aspecto psicológico, individual y contingente, de la subjetiva serenidad del concreto titular del cargo estatal, sino sólo la objetiva protección del regular desarrollo de las actividades propias del cargo mismo...». *Ergo*, para la Corte Constitucional, la tutela del sereno desempeño tiene una razón de ser en relación con los actos y los hechos de la función. Y esta no es la defensa en un proceso seguido por delitos extrafuncionales.

Así, vale la pena recordar, una vez más, cómo esta misma fue la línea de razonamiento seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Clinton versus Jones*, 520 U.S. 681 (1997). En fase de recurso contra una decisión desfavorable de la Corte Federal de Apelación, el Presidente Clinton —demandado en un procedimiento civil en reclamación de resarcimiento de daños derivados del acoso sexual a la señora Jones antes de haber asumido el cargo presidencial— sostuvo, de manera semejante al Presidente Berlusconi en el juicio que concluyó con la sentencia 262/2009,

3715 y ss. recuerda cómo doctrinalmente se han evidenciado los muchos inconvenientes técnicos derivados del *black out* procesal consiguiente a las suspensiones *ex lege*.

que sus tareas institucionales eran tan importantes que no le consentían ocuparse de otra cosa; y por tanto el proceso debería suspenderse hasta la finalización del mandato presidencial. La Corte Suprema rechazó el recurso prácticamente por unanimidad⁵¹. En la sentencia dictada sobre el caso, insistió en primer lugar en el precedente del caso *Nixon versus Fitzgerald*, 457 U.S. 755, 759 (1982), subrayando cómo, en su jurisprudencia, la Corte Suprema de ningún modo había mantenido que «el Presidente o cualquier otro funcionario público gozase de inmunidad por actividades extrañas al ejercicio de sus funciones», y que las inmunidades procesales se fundan «en la naturaleza de las funciones y no en la identidad del titular del cargo» (*Forrester versus White*, 484 U.S. 219, 229-230 [1988]).

La Corte Suprema negó que la doctrina de la separación de poderes pudiese invocarse como fundamento de la pretendida inmunidad temporal planteada por la defensa del Presidente Clinton en consideración a la peculiaridades y a la onerosidad del cargo presidencial (un «cargo tan exclusivo, con responsabilidades y poderes tan vastos e importantes, que el

⁵¹ Fueron siete los *justices* favorables a la «*opinión for the Court*» redactada por el *justice* Stevens. El *justice* Breyer expresa una «*concurring opinion*». Por lo que hubo consenso.

interés público requiere dedicar a esos deberes públicos todo su tiempo y toda su atención»). Y ello porque la señora Jones se había limitado a solicitar de la referida Corte Federal que ejerciese las habituales funciones constitucionalmente previstas en el artículo III de la Constitución de Estados Unidos en relación con comportamientos privados y no frente a actividades funcionales.

Excluida la tutela constitucional del legítimo impedimento debido al ejercicio del cargo público, la Corte Suprema tuvo sin embargo la precaución de advertir que está comprendido en las competencias de la Corte de Distrito el evaluar la oportunidad o no de conceder, de manera ocasional, eventuales aplazamientos de la vista. En otras palabras, según la Corte Suprema, no es necesario que las leyes prevean una inmunidad procesal temporal por delitos extrafuncionales, cuando el problema puede resolverse rápidamente por la Corte Federal atemperando las exigencias de la agenda de señalamientos del tribunal con las de la defensa del Presidente.

Lo que, si bien se mira, es lo que la propia Corte Constitucional había mantenido en la sentencia número 225/2001, en que decidió el conflicto planteado por el Senado de la República contra el Juez de la Investigación Preliminar del Tribunal de Milán, al decir que

«para resolver el conflicto, no procede establecer leyes especiales, derogatorias del derecho general» y que «en línea de principio, no sería imposible adaptar los señalamientos de las comparecencias, previamente establecidos y fijados con las partes, considerando las ocupaciones parlamentarias concomitantes del imputado. En efecto, es manifiesto que hay días de la semana (como regla, al menos los lunes y los sábados, además, naturalmente, de los domingos) y periodos del año en que no se programan reuniones en los órganos parlamentarios»⁵².

A lo que hay que añadir que por su parte, la Corte de Casación, Sección Penal I, con la sentencia número 2832/1995, 9 de mayo⁵³, había ya establecido que el artículo 2 de la ley 2832/1949, de 27 de mayo, que prevé la prohibición de actividades procesales en los días festivos, tiene una función meramente directiva, cuya violación carece de sanción.

De lo que se sigue que, queriendo, todos los hipotéticos impedimentos podrían superarse sin dificultad, con un poco de buena voluntad del juez y de las partes personadas.

⁵² Corte Constitucional, sentencia número 225/2001, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, págs. 1974 y ss., especialmente págs. 1986 y ss.

⁵³ En *Giustizia penale*, 1996, III, pág. 221.

Es más, la tesis conforme a la que el estatus del Presidente de la República, el del Presidente del gobierno y el de los ministros sería incompatible con el de imputado es normativamente desmentida por los artículos 90 y 96 de la Constitución, por la ley constitucional 1/1989 y por la ley 219/1989 «cuando prevén implícitamente procesos contra los altos cargos del Estado»⁵⁴.

Volviendo después a la crónica cotidiana, ¿cómo es posible sostener, con seriedad, que las ocupaciones institucionales del Presidente del gobierno serían tan invasivas como para no consentirle comparecer como imputado, si en abril de 2010 el Presidente Berlusconi ha asumido *provisionalmente* el Ministerio de Desarrollo Económico —que ciertamente genera muchas más obligaciones que la presencia en una comparecencia— manteniéndolo durante casi cinco meses a pesar de las insistentes peticiones de la oposición, de la Confederación General de la Industria Italiana (*Confindustria*) y de los sindicatos de trabajadores para que propusiere al Presidente de la República el nombramiento del titular *pleno iure* del Ministerio?

⁵⁴ G. Giostra, *Repetita non iuvant*, op. cit., pág. 3711.

8. *Paréntesis. Algún ulterior apunte sobre el ordenamiento estadounidense y sobre una propuesta inspirada en él, que puede compartirse.*

A la objeción de que los principios enunciados en el caso *Clinton versus Jones* se formularon en un juicio civil por daños, y que la conclusión de la Corte Suprema de los Estados Unidos habría sido distinta si se tratase de un proceso penal por delitos comunes, es fácil replicar que la Corte Suprema habría llegado a las mismas conclusiones pues ya en un incidente procesal relativo a un proceso penal (el caso *Watergate*) había establecido, que el *executive privilege* podía ser opuesto sólo en relación con los actos de la función⁵⁵. Por otra parte, no sólo es inconcebible en aquel ordenamiento que un Presidente permanezca en el cargo una vez implicado en la comisión de un delito grave (artículo III, sección IV) sino que debe añadirse que, en el

⁵⁵ Se trata del caso *Estados Unidos versus Nixon*, 418 United States 711 (1974), en el que la *Supreme Court*, al decidir sobre la legitimidad de una diligencia de exhibición de los resultados de unas interceptaciones de comunicaciones telefónicas relevantes para los fines del proceso penal dirigido contra el Presidente Nixon por una Corte federal, estableció su legitimidad, en cuanto —dijo la Corte— el *executive privilege* cubre sólo los actos y los hechos realizados en el ejercicio de las funciones presidenciales.

caso de que el Presidente negase el hecho, de haber indicios que demuestren lo contrario, correría el riesgo —aunque el hecho cometido no constituyese delito (piénsese en el caso *Clinton – Lewinsky*)— de ser sometido a *impeachment* por el Congreso por haber descuidado el compromiso de cumplir con lealtad sus deberes, contraído formalmente mediante juramento antes de asumir el cargo.

Por tanto, la hipótesis más favorable al Presidente es que se le reconozca, en cuanto imputado, el derecho a un proceso expeditivo y ágil (VI enmienda de la Constitución de Estados Unidos), para evitar tanto una posible dispersión de la prueba, como la gravísima lesión a la imagen pública, en los Estados Unidos y en el mundo, de un Presidente en el ejercicio de su cargo que, no obstante, pretenda sustraerse a la justicia por delitos comunes⁵⁶.

En Italia, en la misma línea de pensamiento se ha mantenido que «el único modo de evitar el desprestigio, en caso de inocencia, y también para permitir la recuperación de la serenidad perdida, estaría en la decisión del proceso en un tiempo “razonable”, como reclama el artículo 111.2 Constitución. Quizá, respec-

⁵⁶ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*³, Foundation Press, Nueva York, 2000, pág. 756.

to a esta última exigencia, la posición del alto cargo institucional podría diferenciarse, previendo una “vía preferente” para la decisión del proceso en que se encuentre implicado. Se trataría por tanto de una excepción, probablemente necesitada de ley constitucional, que podría considerarse en armonía (o al menos no en contradicción) con los principios fundamentales del Estado de derecho; además efectivamente dirigida a tutelar el “prestigio de las instituciones”, garantizando, al propio tiempo, el derecho de la persona ofendida por el delito a un inmediato “acceso a un tribunal»⁵⁷.

9. *Sobre la ilegitimidad constitucional de la ley 51/2010 por contradecir a los artículos 3 y 101 de la Constitución.*

Cerrado el paréntesis comparativo con la consiguiente invocación a una inteligente propuesta *de iure condendo* que en un país atento a los problemas institucionales no dejaría de hallar el favor *bipartisan* de los políticos más autorizados, volvemos a la tercera de las cuatro disposiciones.

⁵⁷ M. Ruotolo, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, en *Giurisprudenza italiana*, 2009, pág. 787.

Ya se ha visto cómo la Corte Constitucional, en la sentencia 262/2009, —frente a la tesis sostenida por la defensa del diputado Berlusconi, según la que la suspensión prevista por la ley Alfano debía considerarse funcional al “especial” derecho de autodefensa del Presidente del gobierno— ha mantenido que «sería intrínsecamente irrazonable y desproporcionado, para la pretendida finalidad, la previsión de una presunción legal absoluta de legítimo impedimento derivada solo del hecho de la titularidad del cargo».

Pues bien, no obstante esta clara toma de posición, el Parlamento ha aprobado la ley que contiene «Disposiciones en materia de impedimento para comparecer en la audiencia» (ley 51/2010), que plantea numerosas dudas.

En primer lugar el artículo 1.1 de tal ley, contrariando la citada sentencia de la Corte Constitucional, sanciona una presunción “absoluta” de “legítimo impedimento” refiriéndolo no ya a situaciones concretas, sino reenviando a varias disposiciones que “genéricamente” prescriben cuales sean las atribuciones del *Premier*. Las que, singularmente analizadas, no implican en modo alguno, un impedimento (tanto menos, absoluto) para comparecer ante el magistrado en un preciso día y hora, lo que choca con el propio enun-

ciado del artículo 420 *ter* del Código de procedimiento penal invocado explícitamente por el artículo 1.1⁵⁸. El artículo 420 *ter* dispone que el impedimento del imputado para comparece ante el juez, para ser relevante, debe ser “absoluto”: presupone por tanto una específica valoración fáctica, que en cambio el artículo 1.1 contrariamente omite, violando así el artículo 3 de la Constitución. Lo que no permite dar a la ley 51/2010 una interpretación constitucionalmente conforme⁵⁹.

⁵⁸ Se ha destacado, con prontitud, que en una hipotética ley sobre el legítimo impedimento deberían haber sido «rigurosamente definidos y circunscritos» los supuestos que se contemplaren, así, V. Grevi, *Sulla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni costituzionali (a proposito dell'incostituzionalità del c.d. «lodo Alfano»)*, en *Cassazione Penale*, 2009, pág. 4539, al día siguiente de la sentencia 262/2009.

⁵⁹ Precisamente A. Puggiotto, *Inutile o incostituzionale. (Sul destino della legge número 51 del 2010)*, in *Corr. Giur.* número 10, 2010, destaca, en efecto, la imposibilidad de proceder a una interpretación adecuadora de la ley en cuestión, por cuanto la misma acabaría por privar a la ley de 51 de cualquier significado práctico. Es interesante poner de relieve que el p.m. Fabio De Pasquale, en el juicio *a quo*, sostiene la tesis de la interpretación constitucional conforme, pero ésta fue rechazada por el Tribunal de Milán, que acertadamente mantuvo que el resultado de acoger esta tesis sería «una sustancial inaplicación de la nueva ley» (véase la resolución de 16 de abril de 2010, en G.U., serie spec., número 24, 16 de junio de 2010).

Tampoco podría objetarse que el impedimento para comparecer no operaría *ope legis*, sino como consecuencia de la certificación de la Presidencia del gobierno prevista por el artículo 1.2. Aparte la ulterior ilegitimidad conforme a los artículos 3 y 101 de la Constitución que se oculta en la atribución a la Presidencia del gobierno (y, sin embargo, no al Presidente del gobierno como tal) de declarar, con efectos vinculantes para el desarrollo del juicio, que el impedimento, consecuencia del desarrollo de las funciones de gobierno, es “permanente”, y lleva consigo la suspensión del proceso durante un máximo de seis meses con base en una declaración “genérica”, es intuitivo que el artículo 1.1 de la ley 51/2010 posibilita esta violación del curso ordinario de proceso.

En segundo lugar, el artículo 2 de la ley 51/2010, como también los laudos Schifani y Alfano, excluye la aplicabilidad de la presunción absoluta de legítimo impedimento en los juicios penales por delitos cometidos por el *Premier* (y por los ministros) en el ejercicio de sus funciones. De aquí, de nuevo, la evidente incongruencia, ya puesta de manifiesto por la Corte en relación con las citadas dos leyes Schifani y Alfano. En efecto, pues se prevé en favor del *Premier*, imputado por un delito común (en este caso, corrupción en actos judiciales y fraude fiscal) una prerroga-

tiva de la que, en cambio, el propio *Premier* no podría gozar en relación a delitos que eventualmente le fueran imputados en el ejercicio de sus funciones de gobierno. Pero si tal prerrogativa no existe para los delitos funcionales —cuya regulación básica está prevista en la ley constitucional 1/1989, susceptible de modificación sólo mediante otra ley de idéntico rango—, con mayor razón puede sostenerse su inaplicabilidad en relación con procesos por delitos comunes, en los que entra en juego «el principio de la igualdad de trato ante la jurisdicción», cuya violación la Corte ha considerado suficiente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 140/2003.

En tercer lugar, en línea con este último comentario, hay que recordar cuanto se ha dicho al comienzo, esto es que en la sentencia número 262/2009, la Corte Constitucional estableció que las prerrogativas (inviolabilidad, exoneración general, condiciones de procedibilidad etc.) de que gozan los titulares de los órganos constitucionales «se regulan sistemáticamente por normas con rango constitucional», y, por tanto, su previsión exige que se siga el procedimiento previsto en el artículo 138 de la Constitución. De aquí, una vez más, la necesidad de que sólo una ley constitucional pueda prever una presunción absoluta de legítimo impedimento para el

Premier y los ministros. (Siempre que —como se ha dicho ya— no se considere que tal presunción absoluta acabe por vulnerar —como en efecto vulnera— «el principio de igualdad de trato ante la jurisdicción» y por tanto el principio de igualdad formal ante la ley).

En cuarto lugar, es igualmente cierto, que la Corte Constitucional, en la misma sentencia número 262/2009, ha declarado que «la determinación de la concurrencia del legítimo impedimento para comparecer en el proceso penal (...) no constituye prerrogativa constitucional», y por tanto puede ser objeto de regulación por el legislador ordinario. A tal conclusión llegó la Corte pero desde el presupuesto de que el legítimo impedimento «prescinde de la naturaleza de la actividad» y constituye una norma de «general aplicación». Por el contrario el legítimo impedimento regulado por la ley 51/2010, no es una norma de general aplicación. Afecta sólo al *Premier* y a los ministros, y frente a la presunción que establece no se admite prueba en contrario. Se traduce, por tanto, en una prerrogativa del *Premier* y los ministros, para cuya previsión, sin embargo, es necesaria, como ha subrayado la sentencia número 262/2009, una ley constitucional.

En quinto lugar, según el artículo 1.1 el curso regular del proceso penal sería obstacu-

lizado legítimamente debido al obligado ejercicio de las funciones de gobierno. Admitido que sea así (y que no se entienda en cambio que el artículo 1.1 busque ilegítimamente tutelar «el aspecto psicológico, individual y contingente, de la subjetiva serenidad del concreto titular del cargo», aspecto que sería irrelevante según la sentencia 262/2009), debe sin embargo subrayarse que si es cierto que la Corte Constitucional decidió ya, en el pasado, en la citada sentencia 225/2001 relativa al caso Previti, que el ejercicio de la función jurisdiccional no prevalece apriorísticamente sobre la política, es igualmente cierto que, a su vez, la política no puede prevalecer apriorísticamente sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, violando así, desde otra perspectiva, el artículo 101.1 de la Constitución. De aquí se sigue que la ponderación de los dos valores constitucionales no puede efectuarse de una vez por todas por el legislador ordinario haciendo apriorísticamente prevalecer la política sobre la jurisdicción. A tal ponderación, según los principios de nuestro Estado de derecho constitucional, debería proveer un tercer-órgano, así, el juez natural personificado por el magistrado competente, decidiendo caso por caso conforme las reglas comunes (así, también, la sentencia 225/2001).

En fin, el artículo 2 de la ley 51/2010 prevé que las disposiciones sobre legítimo impedimento se apliquen hasta la fecha de entrada en vigor de la ley constitucional que contenga la disciplina orgánica de las prerrogativas del Presidente del gobierno y de los ministros (es decir, del llamado laudo Alfano «constitucional» que sin embargo en el ínterin ha cambiado de objetivo: ¡ha excluido a los ministros y ha incluido al Presidente de la República!). Se evidencia, entonces, cómo la ley 51/2010 pretende ser una «ley-puente» que bloquea el *status quo* en atención a la augurada ley constitucional. Con lo que los redactores de la ley 51/2010, acaban por admitir implícitamente que, para regular el legítimo impedimento del *Premier* y de los ministros, se precisaba una ley constitucional y que el intento de anticipar esa eficacia mediante una ley ordinaria estaba fuera de lugar. En efecto, si la misma ley 51/2010 reconoce que la otra parte del puente —aquella que queda todavía por construir— será colocada cien metros más arriba (con una ley constitucional), ¿cómo puede el legislador ordinario pretender enlazarlas, aunque sea transitoriamente, habiendo conscientemente colocado la ley 51/2010 cien metros más abajo?

10. *Sobre la ilegitimidad constitucional del proyecto de ley constitucional número 2180 AS opuesto al artículo 3 de la Constitución en lo referido al Presidente de la República.*

Y finalmente llegamos a la última de las cuatro disposiciones, todavía *in itinere*. Las breves consideraciones que haré requieren sin embargo una puntualización previa, porque, a diferencia de los otros supuestos, aquí se trata de un proyecto de ley constitucional. Lo que significa que es verdaderamente «iluminista»⁶⁰ conjeturar sobre si, una vez aprobada la ley constitucional en cuestión por el Parlamento (con o sin referéndum confirmativo) la Corte Constitucional tendría autoridad para declararla inconstitucional.

Esto no hace inútil que los constitucionalistas discutan sobre si el proyecto de ley constitucional número 2180 AS sea o no inconstitucional, solo que, esta vez, sus argumentaciones tienen que dirigirse a los parlamentarios y a la opinión pública más que a la Corte Constitucional, haciendo valer los

⁶⁰ Lo reconoce F. Modugno, *Prerogative (¿o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, pág. 3998, tras haber sostenido la tesis de que la Corte constitucional podría declarar la inconstitucionalidad conforme al artículo 3 de la Constitución de una ley constitucional que incidiese sobre el contenido mínimo del principio de igualdad.

valores subyacentes a nuestra Constitución aún antes que las disposiciones constitucionales que los vulneran.

Dicho esto, paso a examinar el proyecto de ley constitucional en cuestión. Como las leyes Schifani y Alfano, el proyecto de ley constitucional número 2180 AS prevé, una vez más, la suspensión⁶¹ de los procesos penales contra el Presidente de la República y contra el Presidente del gobierno «también en relación con hechos anteriores a la asunción del cargo». Sin embargo, el proyecto de ley constitucional número 2180 adopta un mecanismo distinto: la autoridad judicial, cuando dirija la acción penal contra uno de los dos altos cargos debe comunicarlo inmediatamente a la Cámara competente en el caso del Presidente del gobierno y al Senado en el caso del Presidente de la República. A partir de la comunicación el procedimiento penal se sus-

⁶¹ ...que constituye una inmunidad temporal (así Corte Constitucional sentencia número 262/2009, *fundamento de derecho* número 7.3.1.), aunque algunos parlamentarios de la mayoría se obstinan en sostener lo contrario (véase como ejemplo la entrevista del senador Vizzini emitida en el curso de la transmisión «el laudo Alfano» en el canal 130 «*Current*», emitida los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2010). En este sentido sobre esta aspecto véase también A. Pugiotto, *La seconda volta*, op. cit. pág. 58 y s y R. Bin, *Le molte implicazioni della «sentenza Alfano»*, en «*Diritto e Procedura Penale*», 2010, págs. 41 y ss. (especialmente el parágrafo 4).

pende durante noventa días. Dentro de tal término el Parlamento en sesión conjunta, para el Jefe de Estado, o la Cámara competente para el *Premier* pueden disponer, por mayoría simple, la suspensión del proceso.

El Presidente Napolitano —en relación a este texto, el 22 de octubre—, ha hecho llegar al relator y Presidente de la I Comisión del Senado, senador Vizzini, una carta de la que transcribo a continuación dos fragmentos estrechamente relacionados.

El primero: «Considero que debo expresar profundas dudas sobre que la Comisión haya aceptado la opción de innovar la normativa vigente previendo que la suspensión de los procesos penales afecte también al Presidente la República. Esta previsión no estaba de ninguna manera contenida en la ley Alfano promulgada por mí el 23 de julio de 2008».

El segundo: «No puedo (...) dejar de poner que manifiesto que la decisión asumida por la comisión por usted presidida incide, más allá de mi persona, sobre el estatus global del Presidente de la República limitando su independencia en el ejercicio de sus funciones. En efecto, tal decisión, que contradice la normativa vigente que deriva del artículo 90 de la Constitución y de una constante praxis constitucional, aparece viciada de evidente irra-

cionalidad en la parte en que consiente que el Parlamento en sesión conjunta y por mayoría simple decida sobre las presuntas responsabilidades penales del Presidente de la República también en relación con actos distintos de los supuestos previstos por el mencionado artículo 90».

El primer fragmento aparece a primera vista un poco críptico, porque también la ley Alfano preveía la suspensión de los procesos penales por delitos comunes contra el Presidente de la República. La diferencia con la ley 124/2008, si bien se mira, es otra: mientras en el llamado laudo Alfano «ordinario» la suspensión era automática (lo que, por otro lado —y también en relación con el Jefe de Estado—, no había gustado a la Corte Constitucional —sentencias números 24/2004 y 262/2009—, por la irracionalidad de que la suspensión pudiera operar automáticamente también para los delitos más graves)⁶², en el laudo Alfano «constitucional» la suspensión pasa a través de una decisión del Parlamento en sesión ordinaria; lo que razonable desde el

⁶² En tal sentido, véase L. Elia, en la audiencia informal del 16 de julio de 2008 ante las Comisiones conjuntas de Asuntos constitucionales y de Justicia) del Senado, publicada con el título *Sul lodo Alfano* en www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sobre ello véase también A. Pace, *I limiti del potere*, op. cit. págs. 185 y ss.

punto de vista de la Corte —y se impondría incluso en el caso de ley constitucional⁶³—, no lo es desde el ángulo visual del Presidente de la República, a cuyo entender, como evidencia el segundo fragmento arriba recogido, el proyecto de ley constitucional número 2180 AS se opondría «a la normativa vigente derivada del artículo 90 de la Constitución y de una constante praxis constitucional».

Lo que, sin embargo, es muy discutible en referencia a la normativa vigente, pues no se deduce ni de los trabajos de la Asamblea Constituyente, ni de la legislación ordinaria, ni de la praxis: el citado precedente Scalfaro que nadie ha invocado antes, ni en relación con el laudo Schifani ni con el laudo Alfano.

En cambio, es cierto que la tesis de la improcedibilidad temporal es defendida aún por múltiples estudiosos, entre ellos algunos de los más destacados⁶⁴. Por tanto, sobre todo es a esta doctrina favorable a la improcedibilidad a la que, probablemente, el Presidente ha querido referirse. Pues bien, teniendo presente esta advertencia el discurso del Presidente Napolitano resulta compensi-

⁶³ En este sentido véase P. Faguna, «*Lodo ter*»: *legge costituzionale necessaria, ma non sufficiente*, en *Studium urbis*, págs. 369 y s.

⁶⁴ Véase *supra* nota 21.

ble y lineal. En efecto, si el Jefe de Estado considera, en conciencia, que es titular de la prerrogativa de la improcedibilidad penal temporal por delitos extrafuncionales, es obvio que él no podía dejar de oponerse al proyecto de ley constitucional número 2180 AS que extiende al Presidente de la República una ulterior (y por consiguiente no necesaria) garantía de improcedibilidad, por otra parte condicionada a una decisión que se remite a la voluntad de la mayoría relativa del Parlamento adoptada en sesión común⁶⁵.

Probablemente, como han observado algunos comentaristas, existe también otra razón, que movió al Presidente a disentir del proyecto de ley constitucional número 2180, y es que la colocación de *solo* el Presidente junto al *Premier*, inaugurada en sede constitucional por esta disposición, incidiría ineluctablemente

⁶⁵ De lo que conozco, solo M. Volpi, *La immunità della politica negli ordinamente democratici*, en «Diritto pubblico comparato ed europeo» 2005, pág. 1175, habiendo puesto con agudeza de manifiesto —partiendo de la tesis de la improcedibilidad del proceso por delitos extrafuncionales— que, con el laudo Alfano, la mayoría parlamentaria, había «prestado un mal servicio al Jefe de Estado tanto por haber recurrido a una previsión expresa para establecer una improcedibilidad en favor del Presidente, demostrando con ello que la opinión doctrinal favorable a la misma está lejos de ser evidente, como por haber expuesto tal prerrogativa a una declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte».

y de manera estable sobre el marco de las relaciones entre el Jefe de Estado y el *Premier*, provocando una subrepticia modificación de la actual forma de gobierno parlamentario con una consiguiente exaltación de la «primacía» del Presidente del gobierno⁶⁶.

Sea como fuere, y por supuesto con toda mi consideración para el Presidente Napolitano (sobre cuya ejemplaridad y honestidad nadie abriga la más mínima duda) prefiero que el diseño constitucional, incluso en lo que respecta a la procedibilidad en procesos contra el Presidente de la República por delitos comunes, permanezca inalterado. Más aún, tras las vicisitudes de estos últimos años atinentes al Presidente del gobierno, comparto todavía más, si es posible, cuanto Lorenza Carlassare escribió hace mucho tiempo: «que el prestigio de las instituciones se vería mucho más gravemente comprometido en el caso de que un Jefe de Estado culpable, o simplemente sospechoso, de un delito común permaneciese en el cargo exento de proceso»⁶⁷.

Por consiguiente, arduo es el problema planteado por el Presidente de la República a

⁶⁶ C. Galli, *La fuga dal diritto*, en «La Repubblica», 21 de octubre de 2010; M. Giannini, *Tutti i dubbi del Quirinale*, 22 de octubre de 2010.

⁶⁷ L. Carlassare, *Articolo 90*, op. cit., pag. 151.

la Comisión de Asuntos constitucionales del Senado. La decisión parlamentaria que el Jefe de Estado no quiere la reclama, en cambio, la Corte Constitucional, al estar la suspensión automática manifiestamente viciada de inconstitucionalidad. Por otra parte, ¿cómo podría la mayoría favorable al *Premier* eliminar la posición del Jefe de Estado del texto del proyecto de ley constitucional 2180, y dejar solo la mención del Presidente del gobierno⁶⁸ de modo que incluso el más ingenuo de los electores se diera cuenta que él es el único interesado en defenderse «de los» procesos?

11. *Sobre la ilegitimidad constitucional del proyecto de ley constitucional número 2180 AS opuesto a los artículos 1 y 3 de la Constitución, en lo referido al Presidente del gobierno.*

Paso ahora al segundo apartado del artículo 1, concerniente al Presidente del gobierno.

Aparte de una consideración crítica al hecho de que, en el ámbito en que se desenvuel-

⁶⁸ ...ya augurado por G. Azzariti, *Lettere dal Quirinale: La «palesse irragionevolezza» della proposta di legge costituzionale sulla sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche dello Stato*, en www.costituzionalismo.it (26 de octubre de 2010).

ven, los parlamentarios de la mayoría parecerían, inexactamente, considerar que una ley constitucional no encontraría resistencia olvidando, así, que una cosa es el poder constituyente y otra el poder constituido⁶⁹, a diferencia de lo que algunos periodistas han escrito, la forma utilizada no es la de la revisión constitucional. No lo es por dos razones: la primera, porque no se indica cuál sería la disposición que vendría a ser formalmente modificada. La segunda, porque, tal y como se formula, es impensable que constituya una

⁶⁹ Sobre este punto véase mi *Potere costituente, rigidità costituzionale*, op. cit., *passim*, pero especialmente pág. 110 y ss. para una crítica análoga véase A. Ruggeri, *Il «lodo» Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», pág. 398, que correctamente destaca lo erróneo de la tesis conforme a la que «cuanto más se asciende en la escala jerárquica, más se aligera el peso de la normatividad para los órganos (y para sus actos)» y A. Pugliotto, *La seconda volta*, op. cit. pág. 63, que subraya también oportunamente cómo los que defienden la tesis objeto de crítica en el texto, probablemente se inclinan a equiparar las leyes constitucionales y las de revisión constitucional con la errónea y difusa creencia de que lo que caracterizaría la rigidez constitucional no sería la intrínseca superioridad, desde el punto de vista tanto formal como sustancial, de aquel documento solemne que es la Constitución escrita, sino la mera existencia de un procedimiento especial de revisión, por lo que, cuando el mismo no esté previsto, se estaría ante una Constitución flexible. En este sentido véase una vez más mi *Potere costituente, rigidità costituzionale*, op. cit., págs. 2 y ss. y págs. 66 y ss.

disposición incardinable en el texto de una Constitución. Es en efecto lógicamente imposible —y además cómico— que una «disposición de la Constitución» tenga idéntica redacción que la de dos artículos del proyecto de ley constitucional número 2180 AS.

Pero si el proyecto de ley constitucional número 2180 no es una ley de revisión constitucional, no queda más que calificarla como lo que es, es decir, una ley constitucional «de ruptura» de la Constitución. La que, admisible en abstracto⁷⁰ en cuanto derogatoria de algunas normas constitucionales para un periodo de tiempo determinado, no puede sin embargo, amparándose en el pretexto de su provisionalidad, producir efectos normativos permanentes⁷¹; ni puede, bajo los expresados despojos de una ley constitucional, consistir

⁷⁰ C. Esposito, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali* (1962), en Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, págs. 362 y ss. notas 13 y 14, pág. 375.

⁷¹ Esta es la crítica que planteé a las leyes constitucionales 1/1993 de 6 de agosto y 1/1997 de 24 de junio sobre las que, en tal sentido, vid mi *Potere costituyente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, op. cit., 205, págs. 231 y ss., págs. 240 y s. Para la tesis según la que las leyes constitucionales de ruptura no se distinguirían de las leyes de revisión véase en cambio S. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Il edición, Giappichelli, Torino, 2007 pág. 82.

en una disposición de favor o de desfavor para individuos singulares⁷².

No se objete que el proyecto de ley constitucional número 180 haría propia la indicación de la sentencia número 24/2004, reiterada por la número 262/2009, en el sentido de que el mismo habría previsto correctamente que la suspensión del proceso no sería automática, sino tras la decisión de la Cámara. A lo que es fácil replicar que tal indicación ha sido sustancialmente eludida por el proyecto de ley constitucional número 2180 pues la suspensión del proceso contra el Presidente del gobierno se decide por mayoría relativa de la Cámara, lo que no es más que una ficción mientras siga en vigor la actual ley electoral. En efecto, la ley 270/2005 de 21 de diciembre asegura en todo caso a la coalición victoriosa la mayoría parlamentaria en las dos Cámaras.

En conclusión, el proyecto de ley constitucional número 2180 AS no solo desplegaría sino que cuenta también con la agravante —dado que la inclusión del Presidente de la República cumple el papel de mera cobertura de una, de otro modo, evidente ilegitimidad⁷³ —de ser una ley constitucional

⁷² C. Esposito, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione*, op. cit., pág. 363 nota 14.

⁷³ Véase *supra* el parágrafo 5.

ad personam. Consecuentemente «la forma de la ley constitucional viene forzada a cubrir disposiciones materialmente incorrectas o de dudosa legalidad»⁷⁴. Lo que es tanto más censurable pues el «hecho excepcional»⁷⁵ de esta intervención legislativa «de excepción» no tiene otras justificaciones que el interés privado, del Presidente del gobierno.

Pero si así es, no se puede dejar de compartir lo escrito por ilustres estudiosos al comentar la sentencia número 262/2009, cuando han sostenido que, si se hubiese seguido la misma vía de las leyes Schifani y Alfano también con la ley constitucional, esto habría constituido nuevamente una violación «del artículo 3.1 de la Constitución entendido como principio supremo del ordenamiento, no susceptible de ser subvertido en su contenido esencial mínimo (la igualdad formal de los ciudadanos), ni por la legislación ordinaria, ni tampoco por la legislación constitucional»⁷⁶. Tal contenido

⁷⁴ G. Motzo, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rotura» de la Costituzione*, en «Rassegna di diritto pubblico», 1964, parte primera, pág. 37.

⁷⁵ También G. Motzo, *Disposizioni di revisione materiale*, op. cit., pág. 37.

⁷⁶ Así F. Modugno, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, op. cit. págs. 3976 y ss. Véase en el mismo sentido, la voz *Revisione costituzionale*, en S. Cassese (editore), *Dizionario de diritto pubblico*, volumen V, Giuffrè, Milano, 2006,

«esencial mínimo» que consiste en la prohibición de leyes personales, que Carlo Esposito con previsión había identificado, entre otras cosas, con las leyes que «más allá de los casos previstos por la Constitución, quieren extender los supuestos de improcedibilidad subjetiva o las condiciones subjetivas de improcedibilidad...»⁷⁷.

págs. 5195 y ss, e *Il principio di uguaglianza come principio «supremo» dell'ordinamento costituzionale*, en A. Celotto (editore), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, en Il Diritto Editore, Roma, 2009, pág. 74. Véase también en el mismo sentido, entre muchos, A. Ruggieri, *Il «lodo» irragionevole*, en R. Bin y otros (editore), *Il lodo ritrovato*, op. cit., pág. 225; Id., *Il «lodo» Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale*, op. cit. págs. 396 y s., a mayor abundamiento. M. Ruotolo, *Legge Alfano e vizio da riproduzione*, op. cit., pág. 787; A. Giorgis, «...Nelle forme e nei limiti della Costituzione», en A. Celotto (editore), *Il lodo Alfano*, op. cit., pág. 64; G. Sorrenti, *Due riflessioni sulla quaestio della legge n.124 del 2008*, en R. Bin y otros (editore), *Il lodo ritrovato*, op. cit. pág. 196; V. Grevi, *Sulla idoneità della legge ordinaria*, op. cit., pág. 4542; P. Faraguana, «Loto ter», op. cit., pág. 364.

Sobre la importancia de la posibilidad de poder recurrir a los principios supremos para «obstaculizar algunas prevaricaciones de la mayoría», véase L. Elia, *I principi supremi presi sul serio*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pág. 2148.

⁷⁷ C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della Costituzione*, en Id, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954.

Entiéndase bien, Esposito hablaba de leyes ordinarias y no de leyes constitucionales. Pero la conclusión no varía si se parte de que a la inderogabilidad del «principio supremo de la idéntica eficacia formal de la ley sin distinción de condiciones personales y sociales» se puede llegar hoy, no solo siguiendo la doctrina de los principios supremos, sino también —y quizá con más facilidad— considerando el principio de igualdad como una de las normas presupuestas de manera esencial por la «forma republicana», inderogable como tal por disposición expresa del artículo 139 de la Constitución⁷⁸.

⁷⁸ ...algo diferente a lo que ocurre en los ordenamientos monárquicos, en los que hay siempre una diferencia, cuanto menos moral, entre los individuos, que proviene del mero hecho del nacimiento. En el sentido de que el reconocimiento del principio constitucional de igualdad sea coesencial a la forma constitucional republicana, véase, entre otros, C. Esposito, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, en Id., *La Costituzione italiana. Saggi*. Cedam, Padova, 1954, número 7 y s.; C. Mortati, *sub Articolo 1*, en AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cargo de Gius. Branca, Zanichelli-Foro it., Bologna- Roma, 1975, págs. 6 y ss.; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milán, 1965, págs. 220 y s.; G. Volpe, *L'immunitabilità della forma republicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, en AA.VV., *Scritti in onore di E. Tosato*, volumen III, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 258 y s.; si se quiere, con amplio desarrollo del punto, A. Pace, *Problemática delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, págs. 44 y s., donde se

De lo que se sigue que, incluso de querer cuestionar la doctrina de los principios supremos —porque algunos estudiosos consideran que tal doctrina no permitiría vetar por motivos materiales la aprobación de leyes como las hasta aquí comentadas⁷⁹—, no se puede dejar de concordar en que el proyecto de ley constitucional número 2180 AS, además de introducir un «privilegio personal» (que consistiendo en una ley-acto implicaría, por parte de la Corte Constitucional, un examen particularmente riguroso)⁸⁰, incide incluso sobre el «modo de ser» de la República y sobre la concreta operatividad de la soberanía popular

sostiene que la prohibición de revisión constitucional de la «forma republicana» (artículo 139 de la Constitución) implica no solo la prohibición de concentración del efectivo poder de decisión en órganos no electivos, sino la «invisibilidad» además del principio de igualdad, de la libertad de expresión, de la libertad de reunión y de asociación, del derecho al voto y al acceso a los cargos públicos: que son, si bien se mira, las situaciones jurídicas subjetivas más relevantes políticamente para que exista una «república». En el sentido de la que expresión «forma republicana» se haya entendido referida a la forma de Estado democrático, véase también M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiana*, Cedam, Padova, 2002, págs. 30 y ss.

⁷⁹ Véase por ejemplo, A. Morrone, *La Corte Costituzionale sul «lodo Alfano»: una risposta tardiva?*, en www.forumcostituzionale.it (24 de noviembre de 2009).

⁸⁰ En tal sentido la jurisprudencia constante de la Corte constitucional. Véanse, por último, las sentencias números 267/2007, 241/2008 y 289/2010.

(artículo 1 de la Constitución) en positivo y en negativo⁸¹.

Incide en positivo porque limita los poderes de los magistrados que actúan, también ellos como partícipes de la soberanía⁸², en nombre del pueblo italiano; e incide en negativo porque, de hecho, los poderes del Presidente del gobierno se «personalizan» (confundiéndose lo que el mismo hace como particular y lo que realiza en el ejercicio de sus funciones: no procede que las viviendas privadas del *Premier* se consideren, a todos los efectos, oficiales)⁸³. Y todo ello violando el artículo 1.2 de la Constitución del que deriva

⁸¹ En similares términos véanse las agudas consideraciones de A. Pugiotto, *Lecture e riletture della sentenza costituzionale* número 24 del 2004, en *Giurisprudenza italiana*, 2009, pág. 782, que destaca que las leyes número 140/2003 y 124/2008 (así como —añado yo— el proyecto de ley constitucional número 2180 AS) hacen, en razón de su estatus, a un cierto sujeto «“inmune” en el sentido etimológico del término “sujeto que no está sometido a las obligaciones, ni a los riesgos, que afectan a la sociedad entera”», con lo que se llega «a una deformación demagógica del concepto constitucional de soberanía».

⁸² En este sentido, también refiriéndose a la Corte Constitucional, véase A. Giorgi, «*Nelle forme e nei limiti della Costituzione*», op. cit., pág. 66.

⁸³ Piénsese en la extensión del secreto de estado sobre todas las viviendas del Presidente del gobierno y en particular sobre la villa sarda «La Certosa» dispuesta por decreto del ministro del Interior de 6 de mayo de 2004

inequívocamente, que si el pueblo, titular máximo de la soberanía, la puede ejercitar sólo «en las formas y dentro de los límites de la Constitución», con mayor razón quien lo representa debe respetar aquellas formas y límites, sin proponerse «inviolable»⁸⁴ ni mu-

número 1004/100-1158. A. Por lo que sé tal decreto no fue revocado con la llegada al gobierno de la coalición de centro izquierda, para quienes el decreto debería estar todavía vigente. Sobre este punto véase Corte Constitucional, resolución número 404/2005, y el comentario de A. Masaracchia, *Lo strano caso del segreto di Stato sulla villa «La Certosa»*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, págs. 4067 y ss. Hablaba exactamente de personalización de las instituciones con referencia a la ley 140/203, C.E. Vigevani, *La sospensione dei processi per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, en www.forumcostituzionale.it (10 de junio de 2003), invocado favorablemente sobre este punto por R. Bin, *Le molte implicazioni della «sentenza Alfano»*, op. cit. (parágrafo 5).

⁸⁴ «Inviolabilidad» que, en la dinastía Saboya, exaltaba la persona del rey que tenía distinta consideración (artículo 4 del Estatuto albertino) que la que correspondería a una institución de derecho público. Sobre este punto véanse los comentarios de F. Racioppi e I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, volumen I, Utet, Torino, 1909, págs. 217 y ss., págs. 227 y s. y de E. Crosa, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Bocca, Torino, 1992, págs. 22 y ss. Una teoría, la de la inviolabilidad regia, que sin embargo presuponía que el rey no respondiese, sosteniéndose al respecto que «el rey es inviolable porque no puede dañar» (así L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, volumen II, op. cit. pág. 53). No contraría estos comentarios la interpretación de la inviolabilidad de V.E. Orlando, *Principii di diritto*

cho menos definirse como «ungido del Señor»⁸⁵.

costituzionale, IV edición, Barbera, Firenze, 1905, pág. 197; M. Miceli, *Principi di diritto costituzionale*, II edición, SEL, Milano, 1913, pág. 534 y Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV edición, Cedam, Padova, 1933, pág. 175, según los que tal adjetivo determinaba la especial protección penal de la persona del rey.

En el mismo sentido véase S. Dondi, *Il lodo Alfano otra forma di stato e forma di governó (ovvero: la «pelle di zigrino» del regime parlamantere)*, en R. Bin y otros (editore), *Il lodo ritrovato*, op. cit. pág. 111, el cual mantenía, ya a propósito de la mencionada ley Alfano, que «reconstruir una inviolabilidad de este tipo a favor no solo del Jefe de Estado sino también de quien ocupa el vértice del ejecutivo, conduce a atribuir prerrogativas sustancialmente soberanas al jefe de gobierno, lo que transporta a una dimensión pre-constitucional del derecho público».

⁸⁵ ...como el mismo Berlusconi se ha definido a sí mismo explícitamente varias veces desde el 25 de noviembre de 1994, aludiendo al amplio consenso obtenido en sede electoral. Tras lo cual algunos políticos de la mayoría han sostenido, incluso recientemente, la absoluta primacía del Presidente del gobierno en cuanto elegido por la mayoría del pueblo italiano (así, por ejemplo, el ministro Bondi en la emisión *Ballarò* del 19 de octubre de 2010). Análogas afirmaciones han efectuado con anterioridad G. Pellegrino, N. Zanon y A. Marini, véase mi *I limite del potere*, op. cit. págs. 180 y s. nota 5 y también los comentarios acerca de la impropiedad de deducir de la actual legislación electoral (es decir la ley 270/2005) la sobrevenida inaplicación del artículo 1.2 de la Constitución. En similares términos a lo aquí sostenido véase R. Bin, *Le molte implicazione della «sentenza Alfano»*, op. cit. págs. 41 y ss. (especialmente parágrafo 5) y A. Pugiotto, *Lecture e riletture*, op. cit. pág. 782.

DESVIACIONES CRIMINALES EN LA POLÍTICA, CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

«Cuando en el sistema jurídico de una constitución formal la voluntad política deja de afluir hacia la observancia de ciertas normas [...] la constitución en realidad cambia su imagen y su verdadera fisonomía ya no se encuentra en la descripción puramente literaria que de ella hacen las normas, sino que hay que buscarla en la realidad, a menudo disimulada, de las fuerzas políticas efectivamente actuantes, por encima de las cuales la constitución escrita permanece en las partes inactuadas, como una pantalla de cartón»

Piero Calamandrei

‘Paradigma’ Berlusconi: ¿una exclusiva italiana?

La sesión organizada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo en la que tienen origen los textos que integran este volumen debía versar sobre las inmunidades penales de los altos cargos, con especial referencia a Italia, que es como decir al ya crónico *caso*

Berlusconi, verdadero *caso-río* con una compleja red de meandros y afluentes, en continua y turbulenta ebullición. Del tema, en la perspectiva jurídico-constitucional, se ocupó de manera específica Alessandro Pace con el rigor que acredita ahora su ponencia escrita. Un análisis bien elocuente de lo que constituye la estrategia —persistente y sistemática, de descarnada manipulación política del orden jurídico, en beneficio propio y con fines de autoblindaje— del peculiar *premier* frente a la justicia penal. En un empeño sin precedentes (o sin otros precedentes que los del propio interesado en anteriores vicisitudes) que ha ocupado buena parte del tiempo de sesiones de las Cámaras y del discurrir de la política del país.

Intervenir en esta jornada y hacerlo después de Alessandro Pace presentaba para mí, aparte de otros posibles, un problema previo: el de la opción de campo, temático, se entiende. Es claro que yo no debía discurrir sobre el mismo asunto. También me pareció diáfano que el hecho de que el tratamiento legislativo y el régimen competencial del enjuiciamiento de aforados en nuestro país, aunque encierre algunos problemas, no sea considerado, en general, problemático, era una buena razón para excluirlo como objeto central. Además, y de otra parte, las cuestiones que la materia podría sugerir, considerada en la perspectiva

española, no tendrían nada que ver con las que ofrece la *rica* —incluso alucinante— del fenómeno en la Italia de hoy, merced a la obra de ese singularísimo *legislador*¹, llevado por sus turbios negocios a moverse, tanto y al mismo tiempo, con/contra la ley y, como según parece, *fuera de la ley*. Así, fijándome en este referente de fondo, opté por ensayar, modestísimamente, una aproximación al núcleo de la cuestión, representado por la constancia de la corrupción en los momentos del poder; también a la necesidad de que la misma reciba una atención preventiva y respuesta eficaz desde el derecho; y a los problemas que tal exigencia suscita vista desde la jurisdicción. Todo, naturalmente, a la luz de nuestra propia experiencia.

Hace ya bastantes años, al intervenir en un seminario hispano-italiano², en una jornada

¹ Los tratadistas de la «reserva de jurisdicción» tienen en Berlusconi y su obra legislativa un interesante objeto de estudio, pues, seguramente, en democracia, nadie ha ido tan lejos y con tanta insistencia y desenvoltura, desde el *ejecutivo-legislativo*, con leyes *ad hoc* y, además, *ad personam*, en la interferencia en el campo de la jurisdicción para obstaculizar o hacer imposibles procesos en curso que le afectasen como imputado.

² Me refiero al curso de verano de los de la Universidad Complutense, en El Escorial, en 1994, organizado por Jueces para la Democracia, bajo el título «Crisis de la jurisdicción en la crisis del Estado de derecho: Italia España, una reflexión comparada». Las ponencias están

que podría tener algún parecido con la que es el antecedente de este texto, me preguntaba si y, en su caso, hasta dónde *Tangentopoli* tendría *traducción al castellano*; salvando ciertamente las distancias que hubiera que salvar. Que, claro está, las había.

En este momento no podría operar con el mismo esquema, porque, al menos hasta hoy, diría que Berlusconi no tiene lo que pudiera decirse *traducción* a nuestra circunstancia. Pero, sin embargo, no estoy tan seguro de que en esta, en los rasgos de nuestra situación socio-política y político-cultural, no se den ciertas condiciones de posibilidad, nada banales, que, eficazmente activadas, pudieran concurrir a la gestación de un berlusconismo posible (con todos los matices que se quiera).

En efecto, pues Berlusconi no es el producto misterioso de algún cruce de astros acontecido una única vez en la historia, en una galaxia lejana. Es, en buena medida, resultado de la combinación de una serie de elementos patológicos preexistentes en la realidad italiana de los últimos treinta años. De factores entre los que, como he dicho, los hay que

recogidas en el volumen: P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

sí serían identificables en nuestra circunstancia.

Berlusconi es hijo legítimo del *craxismo* (por más que hablar de *legitimidades* en esta clase de filiaciones pueda resultar chocante). Donde con *craxismo* se denota una grave modalidad de degradación partitocrática de la política, connotada especialmente por la forma perversa de relación de esta con la economía. Una turbia relación *negocial* en la que si la segunda pudo *comprar* a la primera fue porque esta se hallaba previamente *en venta*. Debido a que, envileciéndose, se había zambullido en el mercado: un mercado, obviamente, negro, más precisamente, criminal.

El *craxismo* significó un paso importante en ese proceso de oligarquización y patrimonialización de la política y de los recursos públicos en democracia, con profunda quiebra de la legalidad, que hoy en Italia podría haber alcanzado su cenit. Y fue, precisamente, del lado de esta última, del de la legalidad, no del de la política, de donde surgió una —la única— respuesta a ese sistema corrupto: la jurisdiccional. De ahí la brutal agresión del *craxismo* a la magistratura, en una actitud solo superada en calidad de miseria moral, política y jurídica —con lineal coherencia— por la actual de *Il Cavaliere*.

Craxi ya no está —hoy cobra todo su sentido el hecho de que terminase sus días en Túnez, a la sombra de su amigo Ben Ali— pero dejó el ejemplo exuberante de un modo perverso de hacer política, con pérdida radical del recto sentido, del sentido democrático y, sobre todo, constitucional de esta³. Y, consecuentemente, denostando la idea de la legalidad como un límite insoportable que la democracia representativa no debería tolerar, por supuestamente ajeno a su propia sustancia. De ahí lo justificado de la incorporación del bien expresivo término *insofferenza* al lenguaje político del país: para referirse al sentimiento profusamente exteriorizado por

³ Estremece evocar *las razones* de Craxi, recordadas recientemente por B. Spinelli (*Il sermone della decenza*, «La Repubblica, 19 de enero de 2011): «Ningún partido está en condiciones de lanzar la primera piedra [...] Lo que hay que decir, y que, por lo demás, todos saben, es que buena parte del financiamiento político es irregular o ilegal [...] Si gran parte de esta materia debe ser considerada materia [...] criminal, entonces gran parte del sistema sería un sistema criminal. No creo que haya nadie en este aula, responsable político de organizaciones importantes, que pueda ponerse en pie y hacer un juramento en sentido contrario a cuanto afirmo: pronto o tarde, los hechos se encargarían de declararlo perjurio» (palabras pronunciadas en sede parlamentaria, el 3 de julio de 1992). Conviene recordar que también en su caso, según lo que ya es una constante, las pruebas no solo evidenciaron en Craxi actos de financiamiento ilegal, sino otros de verdadera y propia corrupción en el peor de los sentidos, de personal, rapaz, enriquecimiento ilícito.

él y por otros sujetos públicos afectados por los procesos por corrupción, en el curso de sus tormentosas relaciones con las instancias procesales. Actitud que bien puede decirse ha terminado siendo la especie de eje capaz de articular una suerte de implícito *partido* transversal y, por cierto, también transnacional, de políticos corruptos o justamente sospechosos de corrupción *agredidos* por la justicia, surgido en estos años y que no ha dejado la escena⁴.

Herencia del *craxismo* fue un gravísimo desprestigio de la política y una crisis profunda del sentido constitucional de la democracia, con un fuerte componente de antijudicialismo, primero latente, enseguida manifiesto, hoy ampliamente difundido en las actuales *clases* políticas. Berlusconi, que no tendría explicación sin el antecedente del *craxismo*, es quien ha llevado a su ápice este rasgo, en su patética ofensiva contra los jueces: último reducto de comunismo, en la disparatada interpretación autodefensiva en la que grotescamente se prodiga.

⁴ Me refiero a la peculiar *internacional* de políticos-*víctima* de actuaciones judiciales: tratándose de ellos siempre *injustas* y, además, *ilegítimas*, en que tan pródigo ha sido y está siendo el espacio público de nuestros países en estos años.

Desde luego, aquel llegó al poder en la estela del *craxismo* y beneficiándose de su herencia. Pero su particular aportación es haber dado un paso más. En efecto, pues —como ha escrito Ferrajoli⁵— si antes pudo decirse con razón que la economía había comprado a la política, subordinándola a sus intereses, con Berlusconi el poder económico se convirtió directamente, con un giro neofeudal, en poder de gobierno. Por eso, el mismo autor ha podido afirmar muy gráficamente que el *berlusconismo* es el perfeccionamiento del *craxismo*, con todo un nefasto cambio de paradigma en ese torcida manera de entender la política. Porque si con referencia a *Tangentopoli* cabía hablar de una relación corrupta entre esfera pública y esfera privada, que permanecían separadas; con la berlusconiana práctica del conflicto de intereses —dice— el poder económico asume él mismo sin mediaciones representativas el poder político, con lo que se desvanece la separación entre corruptor y corrompido, y la corrupción en el sentido precedente resulta *superflua*⁶. En el sentido de que ya no se consuma fuera, en una cierta relación de

⁵ L. Ferrajoli, *Il berlusconismo e l'appropriazione della sfera pubblica. Un nuovo caso italiano*. He manejado la versión mecanográfica.

⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, págs. 52-53.

exterioridad entre los polos implicados, sino que está dentro. A partir de aquí —sigue Ferrajoli— Berlusconi descubrirá el sentido jacobino de la democracia como omnipotencia de la mayoría, de su propia omnipotencia, tan rica en escenificaciones a gran formato presididas por un ego recrementado, infantiloides e infracultural. Ese aval mayoritario sería la fuente de su supuesta legitimidad, el aval para una política de manos libres, y una posición que, al colocarle por encima de la ley, le pone también por encima y a salvo de la jurisdicción, le absuelve de su condición de pluri-imputado. De este modo —es la conclusión a que llega el mismo autor— Berlusconi inaugura el reino de la *antipolítica*, de la tabla rasa sobre la Constitución y las leyes. Un modo de hacer *política* sobrevolado a muy baja altura, presidido, por la lógica irrestricta del beneficio privado, con la consecuente radical subordinación de todo interés público al propio particular interés y la explicable intolerancia frente a cualquier idea de límite, en especial el representado por la legalidad judicialmente activada.

Como he dicho, no hay duda de que ciertos presupuestos del *berlusconismo* estaban dados en la situación anterior. Y no se trata de presupuestos meramente accidentales, sino de verdaderas precondiciones sin las que sería inexplicable el ascenso irresistible de un aven-

turero de la política de semejante laya. Porque únicamente merced a una política envilecida, en el marco de una sociedad civil profundamente decepcionada de esta (después de haberla alimentado), y solo con el apoyo de una opinión *tele-narcotizada* podría abrirse camino, y mantenerse, un proyecto político-empresarial que es en sí mismo la negación de los valores que hacen posible una convivencia civil. Un proyecto propagandísticamente *vendido*, para más *inri*, como alternativa a *lo anterior*, no obstante ser, en realidad, una reedición de lo mismo, de notable mayor formato.

Berlusconi, como ya he dicho, tiene, ciertamente, algo de excepcional, pero ello no le hace necesariamente irrepetible. Por eso no está dicho que el *berlusconismo* vaya a extinguirse con Berlusconi. Este, no cabe duda, jugó un papel *sine qua non* en la entrada en la escena y en el desarrollo del fenómeno político-empresarial que actualmente es; y que sin él, sería, en alguna relevante medida, otra cosa. Pero no me parece implausible la hipótesis de que en presencia de las precondiciones aludidas, de un cierto clima político y de un determinado estado de opinión, alguien con la capacidad de hacer valer los mismos o parecidos medios (y, sobre todo, con la disponibilidad de los mismos *media*) puestos en

juego, pudiera llegar, también fuera de Italia, a parecidos resultados.

Precisamente, aunque a una escala mucho menor, en España hemos conocido un caso, el del proyecto económico-político de Gil y Gil, con su probada capacidad de suscitar sintomáticos consensos de preocupante amplitud, a partir de circunstancias que son, en definitiva, las condiciones ambientales de posibilidad de esta nueva clase de corsarios de la política. Nuestro personaje —patético despechugado televisivo, de abundante transpiración bajo la sombrilla playera, con la gruesa cadena de oro campando arrogante sobre el generoso bello torácico— resultó pasto de chistes y objeto de una fácil banalización y consiguiente confinamiento en la anécdota. Pero entiendo que operar así con él ahora sería un error de bulto, tanto por lo que fue, como, sobre todo, por lo que pudiera significar. En efecto, pues a su escala, que podría haber llegado a ser bastante mayor, el *modelo* encarnado por Gil y Gil, también con su particular *look* infracultural y grotesco, tenía bastante de berlusconiano. E incluso —permítaseme decir que, sin exageración, bien que *in nuce*— aun de cierto mayor alcance; pues nadie, seguramente, en marco democrático, ha ido tan decididamente y tan lejos como él en la confusión efectiva, más bien fusión, de lo económico y de lo político y en

la apropiación privada de lo público, llevando a sus últimas consecuencias un acabado diseño político-empresarial, con el correspondiente eficaz aparato de ingeniería jurídica. Gil y Gil pilotó su aventura económico-política —con el dato nada gratuito de la presidencia de un equipo de fútbol en el punto de arranque— sirviéndose del partido Grupo Independiente Liberal (GIL: para que no cupiera ninguna duda). Así es como accedió a la alcaldía del Ayuntamiento de Marbella, el 15 de junio de 1991. Desde esta⁷, entre esa fecha y el año 1995, creó treinta y una sociedades mercantiles con mayoría de capital del Ayuntamiento, que las financiaba, y que tenían por objeto social diversos ramos de la propia actividad municipal. Bien expresivamente, las principales se llamaron: *Jardines 2000*, *Contratas 2000* y *Planeamiento 2000*. Al frente de todas ellas puso a personas de su confianza, encomendando la gestión contable a un asesor fiscal designado por él mismo; y, cerrando el círculo, se encargó de que fueran fiscalizadas mediante auditorias igualmente de complacencia. Mientras, Gil y Gil gestionaba *como alcalde*, no desde la sede del

⁷ Lo que sigue es algo que se lee en la sentencia n.º 4/1999, de 23 de enero, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Nacional, en el procedimiento abreviado n.º 76/2001; confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia 1394/2009, de 25 de enero.

municipio, sino desde el despacho de una empresa también suya, Club Financiero Inmobiliario, en la que asimismo estaba instalado el asesor fiscal de tan peculiar conglomerado. Todo fundado en el supuesto propósito de conseguir mayor agilidad y eficacia en la prestación de los servicios municipales. El resultado fue situar la gestión de estos fuera del Ayuntamiento, al margen de todo control político-administrativo y en un régimen de completa opacidad⁸. Es lo que permitió una

⁸ De la causa forma parte un informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, del que resulta que el Ayuntamiento le remitió una información contable desordenada; que se encontraba fuera de la sede institucional y en lugar que se desconoce; que el ayuntamiento solo dio cuenta de 25 sociedades, y que se descubrió la existencia de otras seis en el curso de la fiscalización; que, como es obvio, la estructura de estas no tenía nada que ver con el organigrama oficial de la gestión municipal; que la constitución de las mismas no estuvo precedida por la redacción de una memoria; no estaban documentados los acuerdos de dirección, gestión y administración; ni figuran remitidos al pleno municipal informes de control financiero; ni consta control efectivo de transferencias de fondos; las sociedades no elaboraban programas de actuación, inversión o financiación; las auditorías no informaban sobre la legalidad y eficacia del gasto; el Ayuntamiento no exigía justificación de empleo de dinero transferido; no existía concordancia entre la contabilidad de este y la de las sociedades, cuya documentación de soporte estaba formada por fotocopias y facturas sin ningún valor explicativo; los pagos se hacían mediante talones al portador; y, en fin, no había constancia de que respondieran a prestaciones de servicios.

importantísima desviación de activos, en consonancia con el volumen de los que se movían en el área del municipio, importante núcleo turístico y espacio privilegiado de una especulación urbanística realmente desbocada, alimentada con fondos opacos de cualquier procedencia imaginable, que son los que se trataba de captar.

Lejano ya el cierre del ciclo de Gil y Gil, que, según se recordará, no se limitó —como proyecto— a Marbella; y a pesar de la red de escándalos que en este momento salpican una parte significativa de nuestra geografía política, autonómica y municipal⁹; diré que a mi juicio hoy Berlusconi como tal no tiene *traducción al castellano*. Aunque ya he anticipado que no cabe decir otro tanto de ciertas precondiciones ambientales del *berlusconismo*¹⁰.

⁹ Lo ha escrito B. Lozano Cutanda: «Marbella ha resultado ser solo la punta del iceberg de muchísimas tramas mafiosas y especulativas que se tejen en las grandes urbes —en especial en el entorno de Madrid capital— y en el litoral español» (en *Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el derecho administrativo*, «Revista de Administración Pública», n.º 172, enero-abril, 2007, pág. 344).

¹⁰ Una de las particularidades del fenómeno Berlusconi es que durante mucho tiempo conservó una alta tasa de consensos a pesar de sus numerosos procesos y las escandalosas actuaciones del mismo dirigidas a sabotearlos; y solo con las últimas vicisitudes del caso

Discrecionalidad del poder: fuente de riesgo

Hay un tópico que hizo fortuna en la etapa abierta a partir de la victoria socialista en las urnas del 82, en los medios de la izquierda política y de cierta izquierda jurídica: la elección democrática de los gobernantes confiere a estos un plus de legitimidad que debería traducirse en la correlativa atenuación de los mecanismos jurídicos de control del ejercicio del poder, del judicial en particular¹¹. Seguramente había una premisa implícita en este planteamiento: no se pensaba en una mayoría cualquiera formada democráticamente, sino en la propia, entonces *mayoría de progreso*, con conciencia de hallarse ante una

Ruby parece haber cambiado esa línea de tendencia. Pues bien, el presidente de la Comunidad Valenciana, Francisco Camps, una vez acusado por el fiscal de la autoría de un delito de cohecho impropio, al haber aceptado 11 trajes, 5 americanas, 5 pares de zapatos y 4 corbatas como regalo, en aquella calidad, de celebrarse ahora las elecciones autonómicas, seguiría manteniendo, según las encuestas, una holgada mayoría. Y el incombustible Fabra permanece en sus puestos, y con todo el apoyo de la organización del partido y de sus bases, aun cuando pese sobre él un alto número de imputaciones.

¹¹ No diría y no diré que la actitud fuera privativa de la izquierda política, pero sí creo poder afirmar que lo fue su formulación en términos más o menos explícitos, de los que la derecha —seguramente por razón de una cierta mala conciencia, en razón de sus antecedentes franquistas todavía próximos— no hizo uso.

misión transformadora en cierto modo *histórica*. Pero la verdad es que hoy esa forma de entender la política está ampliamente generalizada. Ya, incluso, sin el ingrediente de *misión*.

Es un punto de vista que se nutre del mismo humus político-cultural que la puesta en cuestión del tratamiento constitucionalmente reforzado de los derechos, y la resistencia a aceptar la previsión, en última instancia, de eventuales limitaciones jurídicas y jurisdiccionalmente accionables para la política; por lo que —se dice— tendrían de condicionamiento o hipoteca de la voluntad de las mayorías actuales y de las futuras; y de transferencia de poder político a los jueces, no legitimados democráticamente para ejercerlo.

En esta línea, es de recordar la forma en que se hizo presente en medios del derecho administrativo la reivindicación de una discrecionalidad político-administrativa en sentido fuerte, exenta de controles jurídicos; que llegaría hasta el intento de recuperación de la categoría de los «actos de gobierno» en el Anteproyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que circuló por el ministerio de Justicia en 1994-

1995 y que abrigaba el propósito explícito de reforzar la «excepción de acto político»¹².

El argumento de apoyo fue que, al ser aquel tipo de fiscalización un cometido del poder judicial, esta instancia pasaría a ocupar «una posición de vértice superior»¹³, con ruptura del organigrama constitucional de articulación del poder, de la división de poderes.

Sobre posiciones como la que acaba de ilustrarse pesaba el miedo al denostado «activismo judicial», al resucitado fantasma

¹² Cfr. E. García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 6ª edición, 2009, págs. 64 (n. 17), 279 ss. y 312-131.

¹³ Este punto de vista tiene acabada expresión en el prólogo de Luis Ortega Álvarez a Nuria Garrido Cuenca, *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998. La tesis concuerda significativamente, incluso en su literalidad, con la defendida en su día por V. E. Orlando (*Immunità parlamentare ed organi sovrani* (1933), ahora en Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, págs. 476 ss.) —oportunamente evocada por A. Pace en su texto—, cuando argumentaba que si un magistrado pudiese juzgar al titular de un órgano soberano «¡el magistrado sería el soberano!», perdiendo de vista, como recuerda el propio Pace, que, precisamente, en el nuevo contexto constitucional tal era de lo que se trataba: la inexistencia de órganos soberanos al viejo estilo preconstitucional y monárquico de la soberanía *tout court*, es decir, como *suprema potestas superiorem non recognoscens*.

del «gobierno de los jueces»¹⁴, en un momento en el que, curiosamente, no fueron ellos quienes hubieron de salir a buscar los actos de sujetos públicos jurídicamente cuestionables

¹⁴ La expresión, tomada (en muchos casos, seguramente, sin saberlo) de la obra de E. Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, trad. y adaptación de Félix de la Fuente, con un estudio preliminar de L. Pomed, Tecnos, Madrid, 2010, ha sido blandida abusiva y demagógicamente en un contexto bien distinto, para estigmatizar actuaciones judiciales, debidas por imperativo de legalidad, contra gravísimos fenómenos de corrupción política, en España y fuera de España, por políticos con responsabilidades de gobierno de distintas filiaciones, como expresión de un poco constitucional antijudicialismo transversal. Esto cuando se sabe —o debería saberse bien— gracias a O. Bachof que no hay «gobierno de los jueces» posible (*Jueces y constitución*, trad. de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963, pág. 51). Y sí, en cambio, actitudes resistentes —a veces, en el caso de nuestro país, con intolerables reacciones frente a procesos en curso, cargados de razón, por conductas gravísimas—, en ocasiones, verdaderas *revueltas antiinstitucionales*, protagonizadas o alentadas incluso desde el poder, en reclamación de un territorio exento de legalidad para la política. Además, aquí, hay que decir que la proverbial pasividad del fiscal tiene generalmente continuidad en la de los propios jueces de instrucción, que aun habilitados legalmente para actuar de oficio, raramente suelen hacerlo; de modo que la iniciativa de las causas contra sujetos públicos han tenido generalmente su origen en alguna iniciativa externa, es decir, no oficial. Que es lo que confiere, incluso, un toque surrealista a la simple evocación aquí, como supuesto peligro, del demagógico «gobierno de los jueces».

y con frecuencia —¡ay!— penalmente relevantes, sino que estos empezaron a caer por su peso y, en algún momento, con llamativa fluidez, en el juzgado. No obstante la crónica pasividad del Ministerio Fiscal en la persecución de tal clase de conductas.

Hace años, el debate sobre la discrecionalidad administrativa, dio lugar a una jugosa polémica, provocada por la propuesta de Tomás Ramón Fernández, defensor de la necesidad de revisar cierto sentido de la división de poderes a la luz del constitucionalismo de la segunda posguerra¹⁵. Recordaré, por inciso, que en ella medió Manuel Atienza, con el punto de claridad y rigor crítico que una filosofía del derecho, moral y política activamente comprometida con los valores implícitos en esa rúbrica, debería aportar siempre en estos asuntos. En tal papel, recordaba que la constitucional «interdicción de la arbitrariedad ha de ser el punto de partida para el tratamiento de la discrecionalidad administrativa». Y que «las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones

¹⁵ T. R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.

intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico»¹⁶.

Hoy sabemos —o si se quiere, hay buenos motivos para saber— más acerca de lo que realmente se juega en el campo de la discrecionalidad administrativa, sobre todo cuando resulta asociada, como en efecto lo está, a la gestión de fondos públicos.

Lo han expresado muy bien Della Porta y Meny: «La corrupción se manifiesta pues con particular intensidad [...] en los sectores en los que quien ejerce el poder público discrecional no está sujeto a normas del todo vinculantes». O, con otras palabras de los mismos autores: «La pequeña y la gran corrupción pueden insinuarse allí donde quien decide dispone de un poder discrecional»¹⁷. Con «la facilidad que —al correcto decir de Sabán Godoy— esa discrecionalidad supone

¹⁶ M. Atienza, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*. «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 85 (1995), págs. 13 y 15. Ahora en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2002.

¹⁷ D. della Porta e I. Meny (eds.), *Corruzione e democrazia. Sette paesi a confronto*, Liguori Editore, Napoli, 1995, pág. 6.

para la introducción de cualquier interés extraño a sus legítimas finalidades»¹⁸.

Del modelo constitucional vigente, constitucional en sentido fuerte, se ha predicado de forma muy plástica, con referencia a su origen y con razón, que expresa un «nunca más» frente a la marcada proclividad a las degeneraciones autoritarias del poder político, registradas en las prácticas de la forma estatal a la que vino a sustituir. Es realmente cierto, y también que, en general, representa el intento más acabado de plasmación del viejo ideal del «gobierno de las leyes». Nos consta que llevó consigo importantes pasos en esa dirección. Pero también que, ya en el curso de su primer desarrollo y en su propio *organismo*, vio surgir una, entonces inédita, forma de poder con posibilidades y modalidades de actuación para las que las previsiones legales de garantía estaban condenadas a ser, por su inadecuación, abiertamente ineficaces.

Me refiero, como es obvio, al estado del *Welfare* con sus nuevas capacidades de actuación en *los dos mercados*, el político y el económico, en los que aquel sería un nuevo agente, a veces el principal, capacitado para adoptar decisiones de enorme relevancia.

¹⁸ A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 34-35.

Los dispositivos jurídico-formales de fiscalización del gasto y de la actividad estatal de trascendencia económica se vieron amplísimamente desbordados por la emergencia de tales modalidades de intervención, con sus nuevos actores. El resultado, nos consta: poder económico (de matriz y gestión política) con ingentes disponibilidades, en un marco de franca desregulación jurídica, lo que equivale a una potentísima acumulación de factores de riesgo, con resultados nefastos en muchos supuestos, que ya no representan ninguna novedad.

En el caso de España se dio, además, una significativa particularidad ya aludida. Es que, en el periodo a que me he referido, esa línea de actuación estatal recibió el impulso suplementario representado por la entrada en la escena de la nueva aludida mayoría, que, al haber obtenido un resultado excepcional en las urnas, formuló —desde luego, subliminalmente, pero creo que no solo— una peligrosísima ecuación: los apoyos democráticos extraordinarios legitiman poderes, en alguna medida, extraordinarios, capaces de imprimir a cada acción de gobierno un algo implícito de *constituyente*. Junto a esto, concurre, además, un factor externo, sin duda relevante en términos prácticos: la existencia de una oposición muy débil.

Es como creo se impuso¹⁹ un sentido profundamente jacobino de la democracia²⁰, con la consiguiente pretensión de atenuación/anulación de los dispositivos de control político y de los actuables desde el derecho, que impregnó en profundidad los espacios del poder y las modalidades de su ejercicio. Una filosofía que caló hondo en la cultura política y en el tejido institucional, marcando con idéntica profundidad las prácticas estatales. Y que ahí sigue...

El partido ‘ensimismado’

Del cuadro forma parte un dato, elemento de alcance “ciertamente estructural en la conformación del contexto: es el del papel y la funcionalidad reales del partido político; sin los que no se explicarían, en concreto, el endémico grave deterioro de la política, con su particular dinámica de ensimismamiento y

¹⁹ Con un sustrato teórico del que, entre nosotros, carecía: aquí radica un relevante factor de novedad.

²⁰ En ruidoso contraste con el judicialismo a ultranza mantenido inmediatamente antes por la, entonces oposición socialista, fuerte en la exigencia de límites de derecho para conjurar los eventuales excesos de la política. Lo que no fue obstáculo para que uno de sus máximos exponentes, ya desde el gobierno, proclamara la muerte de Montesquieu. Algo que, en la práctica, ha demostrado ser más mucho más que una *boutade*.

abstracción de los problemas reales²¹, que hoy es parte de nuestra desoladora normalidad, con su habitual vacío de controles y las consiguientes significativas tasas de ilegalidad, verdaderos caldo de cultivo, potencial al menos, de lo que habitualmente se denota como corrupción en sentido (más) propio.

Con esta observación quiero referirme al que es el actual modo de ser del partido político y a su forma de inserción en la actividad estatal, que se corresponde con su patente alienación de la sociedad civil. Tanto que, con marcada paradoja, los partidos tienen hoy algo de «cuerpos separados» de esta, a los que sería aplicable parte de lo teorizado al respecto en los años 70 sobre los autorreferenciales órganos estatales de poder comprendidas en esa categoría. Y relevantes aspectos regularmente registrables de su ejecutoria justifican la grave reserva que late en algunas consideraciones de Garzón Valdés acerca de la autenticidad de la adhesión interna al sistema democrático de quie-

²¹ La actitud frente a la crisis de la actual mayoría en el gobierno durante un largo periodo, de franca ocultación primero, de banalización después, de falso optimismo luego (con lo de «tocar fondo» o lo de comenzar a «remontar»), cuando todo indica que ni siquiera se sabía realmente dónde se estaba, es bien expresiva de cuáles son los intereses que priman, incluso en momentos de gravedad extraordinaria.

nes ocupan los correspondientes centros de decisión²².

De la morfología de las peculiares *instituciones* que son actualmente los partidos, ya se sabe: potentes maquinarias, férreamente dirigidas por vértices burocráticos cerrados sobre sí mismos; para los que la militancia es apenas un dato externo, marginal casi, por su escasísimo peso en la estrategia y la vida real de la organización²³, que cursa en un régimen de notable falta de transparencia. Difícilmente podría ser de otro modo, debido a las peculiaridades del *mercado político* que alimentan, al papel nuclear y a la clase de esfuerzos que exige el asunto de la financiación, demostrado potente factor de ilegalidad, inductor de muy variadas patologías en nuestra realidad político-administrativa; ya que, según ha escrito J. Calero, impulsa a los

²² E. Garzón Valdés, *Acerca del concepto de corrupción*, F. J. Laporta y S. Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pág. 64 y *passim*.

²³ El fenómeno de *las primarias*, con lo que implican de recuperación de un cierto peso de la militancia frente a las poderosas ejecutivas, tiene algo de ruptura de esa consolidada constante organizativa. Aunque un algo ciertamente relativo, cuando, como fácilmente sucede, los afiliados se ven constreñidos a optar entre los exponentes de oligarquías burocráticas enfrentadas.

partidos a «la «búsqueda de rentas» en las administraciones públicas»²⁴.

Se trata de una cuestión central de la vida del partido, un objetivo político de primer orden, pues de ella, de su *productividad*, dependen en gran medida la capacidad de incidencia social y las *chances* electorales. Pero en la que, sintomáticamente, por lo que acaba de decirse, el afiliado apenas cuenta.

Vicisitudes recientes y en curso nos permiten saber lo que realmente significa este modo de obtención de la savia económica, necesaria para alimentar la existencia misma del partido como maquinaria y su proyecto. Se habla de financiación, pero no faltan experiencias que autorizarían a hablar hasta de depredación, para denotar supuestos en los que el dinero habría fluido a partidos de poder o con expectativas de serlo, merced a la capacidad de *persuasión* fruto de esta circunstancia. Actividades de captación de fondos, pues, orgánicamente planificadas, que no se detuvieron ante la ley, ni siquiera ante el Código Penal, situando en el centro de la vida del propio aparato —que, a su vez, está en el centro mismo de *esta democracia*— un

²⁴ J. Calero, *Una mirada económica sobre la corrupción*, en «Temas para el debate» n^o 183, febrero de 2010, pág. 32.

gravísimo momento de anomia (por decirlo con un eufemismo), que no podría dejar de irradiar poderosamente en todo el entorno político-institucional. En efecto, pues el peso real de esas prácticas condiciona los procesos de selección y de autorreproducción del *staff*²⁵, y la política toda del partido. Una *política de personal* que cuando este es ya de gobierno, se infiltra profundamente en la propia política estatal o, si se quiere, en una parte significativa de ella.

Así, hoy, decir partidos políticos es hablar, en buena medida, de grupos de poder privados, de verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos, una parte de cuya actividad, la recién aludida, de importancia esencial, discurre en la extra o para-legalidad y en ocasiones nada anecdóticas en la ilegalidad, a veces criminal, como se ha visto. Y, normalmente, en el secreto, que es, así, *el lenguaje* de una parte esencial de la política en acto, porque lo demás —dicho eficazmente por *El Roto* en una de sus viñetas— solo son *dialectos*.

²⁵ G. Pasquino, aludiendo a estas prácticas, dice expresivamente: «el reclutamiento partidocrático se desarrollará entre los hombres de partido y sus fieles vasallos» (en voz «Partitocrazia», en N. Bobbio, N. Matteucci, F. Pasquino (dirs.), *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 2ª ed., 1990. pág. 776 (trad. cast. *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 1982).

Pradera ha recordado las palabras bien expresivas de un político de la derecha caído en desgracia hace años: «sería arriesgado sostener que en los partidos españoles se practican los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas por la Constitución»²⁶. Aludiendo a su peculiar modo de ser como *aparatos* y a sus dinámicas, que hacen de ellos sujetos de poder tendencial, o, incluso, directamente oligárquicos²⁷; *ontológicamente* predispuestos a generar dinámicas políticas de ese perfil, con el inevitable efecto multiplicador en un amplio y fundamental entorno.

Hablo de una forma desviada de ejercicio de efectivo poder político, de consecuencias devastadoras en muy diversos ámbitos, porque, al fin, termina incidiendo en sedes institucionales, desde las que —con independencia (al menos relativa) del color del partido y de la mayoría de gobierno: es tanto lo que se parecen en las líneas maestras del funcionamiento—, irradia en toda la geografía estatal; de un modo frente al que nuestros sistemas constitucionales no cuentan con garantías eficaces. Y no se trata *solo* de los conocidos

²⁶ J. Pradera, *La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español*, en F. J. Laporta y S. Álvarez (eds.), *La corrupción*, cit. pág. 175.

²⁷ Cfr. J. Pradera, op. cit., págs. 171-173.

y más o menos ocasionales episodios de implicación de sujetos relevantes de los distintos partidos en casos de corrupción económica vinculados a la captación de recursos. Estos serían los supuestos extremos, supuestos-límite, de los que existe una nutrida casuística que —en uso de indicadores bien acreditados en criminología— cabe afirmar alberga, seguramente, una relevante cifra oscura. Porque, hay más, pues el fenómeno aludido se inscribe de forma capilar en los modos estándar de funcionamiento de los grupos políticos²⁸ y alimenta una manera de entender y ejercer el poder interno y el poder en general reñida con la democracia y de la que expresa una verdadera perversión (tanto más grave cuando no suele verse como tal). Que, no creo que sea aventurado afirmarlo, está en la base de los fenómenos de corrupción en sentido fuerte, o, mejor, más fuerte: aquellos para los que, sin mucho rigor, suele reservarse, en exclusiva, este nombre²⁹. Porque, al fin y al cabo, se

²⁸ Hasta el punto de que, según ha escrito J. Calero, «la corrupción orienta el gasto público hacia actividades donde la corrupción resulta más posible y más rentable» (en op. cit., pág. 32).

²⁹ Precisamente, en estos días, la política madrileña ofrece un caso bien ilustrativo de lo que se dice, el protagonizado por la ex alcaldesa de Torrejón de Ardoz, secretaria y número dos del Partido Socialista de Madrid, condenada en primera instancia, junto con otros miembros de su mismo grupo, por delito de prevaricación.

trata de una cuestión (solo) de grado de precipitación en la pendiente de la ilegalidad, que objetivamente constituye un *continuum*. Siempre de la misma contradicción con la ley que connota toda esa tupida serie de conductas, que, además, está acreditado, guardan estrechísima relación de contigüidad, y se refuerzan recíprocamente en las prácticas en las que se manifiestan. En pocas palabras: ¿podría considerarse aventurado sugerir la existencia de alguna correlación entre la presencia recurrente de la corrupción en las diversas administraciones y la difusión de la

Para el líder de la formación en la comunidad autónoma se trataría de «un tema de origen exclusivamente administrativo» que no tendría nada que ver con la corrupción, en cuanto a efectos deslegitimadores y consecuencias políticas. La lección, que recorre transversalmente las prácticas de todos los partidos, es bien sencilla: la propia política gradúa potestativamente, a conveniencia, los estándares de legalidad y su vigencia. En este caso, se trata de una sentencia recurrible y, por tanto, todavía no firme, pero desde el punto de vista que aquí interesa es lo mismo, por lo que queda dicho: incumplir radicalmente la legalidad, en términos del Código Penal, es una *cuestión administrativa*. No me parece indiferente, claro está, desde el punto de vista de la gravedad, que la acción inculparable carezca de efectos de enriquecimiento personal ilegítimo. Pero es eso: cuestión de gravedad, cuestión de grado. Aunque, lamentablemente, hay una desoladora experiencia acerca de la clase de reacciones que se producen también en esos mismos ámbitos cuando esto ocurre.

que se ha calificado, no sin cierta fortuna, de «política basura»³⁰?

Basta pensar, en otro orden de cosas, que remite, en esencia, al mismo antecedente causal de fondo, en lo que está sucediendo en España, de forma ya endémica, con la cobertura de las puestos en instituciones como el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Algo que difícilmente se explicaría sin el llamativo abandono de la perspectiva constitucional por todos los partidos en liza y de no ser por su interés en controlar *partitocráticamente*, el acceso a estas instituciones: sin duda debido a su relieve en el plano del control jurídico, en última instancia, de las eventuales, nada improbables, antijurídicas plasmaciones de la política

³⁰ Existe una amplia fenomenología apta para dar cuenta de lo pertinente del uso de esta expresión, pero ningún supuesto tan ilustrativo como el de los famosos tránsfugas de la Comunidad de Madrid que dieron la presidencia de esta a Esperanza Aguirre en 2003. Ilustrativo en un doble aspecto: desde luego, por la forma de comportamiento políticamente indecente de las dos partes contratantes en el oscuro ejercicio de *do ut des* que generó el cambio de mayoría; pero también porque Tamayo y Sáez habían sido elegidos en una lista y no eran nuevos ni su actuación —por lo que luego se supo— sorprendió (al menos por igual) a todo el mundo, de lo que se sigue que su verdadero perfil no podría resultar desconocido a los responsables de la Federación Socialista Madrileña.

con posibilidades de llegar al juzgado. Tampoco creo que sea aventurado sostener que los correspondientes nombramientos, por el modo tan constitucionalmente cuestionable en que se producen y las sedes de las que emanan, expresan el mismo sentido del poder vigente y en acto en el interior de las formaciones políticas en presencia³¹. Es una manifestación más de lo que ha visto muy bien Sánchez Morón, al subrayar, expresivamente, que «la corrupción política actual va ligada en buena medida a la dominación que los grandes partidos políticos ejercen sobre las instituciones con poder de «“adjudicación”», como resultado de un proceso que tiene su punto de partida en «la «“apropiación”» del sistema administrativo por los partidos políticos»³². En lo que representa el ya señalado desplazamiento de las pautas y modos de operar que rigen en el interior de los propios aparatos al plano institucional, con abierta subversión de las reglas y la consiguiente ocupación o patrimonialización partidista de las sedes y

³¹ No parece inoportuno recordar que, según noticias de prensa del momento, cada uno de los grupos de vocales del Consejo General del Poder Judicial referible a los dos grandes partidos, se reunió en la sede política correspondiente, para recibir las instrucciones de voto, inmediatamente seguidas al pie de la letra y sin fisuras.

³² M. Sánchez Morón, *La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas*, en F. J. Laporta y S. Álvarez (eds.), *La corrupción*, cit., págs 190 y pág. 196.

puestos correspondientes, en uso de una lógica que, al fin, es siempre la del *do ut des*, aun cuando no sean de contenido económico las contraprestaciones.

Este juicio y las precedentes consideraciones, hacen innecesario, según creo, un particular esfuerzo argumental para sostener que el efecto central y cabe suponer que el primero perseguido con una estrategia de este perfil, es la drástica amortización de los dispositivos constitucionales de control de la política en acto, a partir del de procedencia parlamentaria. Lo que guarda plena relación de coherencia con el hecho de que, se sabe bien, hay sectores de la legislación —nacida o mantenida también de y por esta política— en materias ultrasensibles en la perspectiva que aquí interesa, como la contratación pública, el planeamiento urbanístico, el régimen de subvenciones, etc., que han resultado ser objetiva e insistentemente favorecedores del desarrollo de prácticas institucionales de, cuando menos, un bajo estándar de legalidad. Al extremo de que alguno de tales ámbitos normativos ha sido denotado, con total propiedad, como *marco jurídico* —idóneo, se entiende— *de la corrupción*, según el conocido y expresivo título de la obra de Sabán Godoy que he citado³³.

³³ Sabán Godoy señala, como ciertamente emblemá-

Así, es obligado constatar un esencial triple momento de frustración del propósito fundacional del estado constitucional de derecho en su orientación a un efectivo «gobierno de las leyes», que se concreta en la crisis de la política *tout court* en su dimensión constitucional de control de la actividad político-administrativa; de la política legislativa, particularmente en materia de fijación de límites y garantías eficaces a la gestión política; y de la función político-administrativa de fiscalización de las actividades de este carácter con trascendencia económica y de los usos del dinero público.

Estado constitucional demediado

En estas condiciones, el resultado de tan amplia quiebra de los dispositivos de control de la calidad de la propia actividad encomendados a la política, ha concluido por dar un relieve inusitado, y en cierta medida atípico

tico, el campo de la gestión urbanística, que se ha acreditado como superpoblado de factores criminógenos en la perspectiva que aquí interesa. Y habla de «decisiones de oportunidad que transforman la nada, el suelo rústico, en el valor considerado como el de mayor cotización en nuestros tiempos, el suelo urbano. A su vez —continúa— no se enmarcan dichas decisiones en la alta administración, sino en las entidades locales y autonómicas, donde los eventuales intereses privados se encuentran mucho más próximos» (en op. cit., pág. 38).

desde la lógica original del modelo constitucional, a la jurisdicción.

Esta, de ser —sobre todo en la vertiente penal— un recurso-límite, un recurso en última instancia, ha pasado a ser, con frecuencia, casi el único recurso. Y todo hay que decirlo, un pobre y limitado recurso, pues si por algo han brillado la política legislativa y la de administración de la jurisdicción es por la orientación francamente reductiva, también, al menos tendencialmente, en el plano de la independencia y de su proyección efectiva en actuaciones judiciales de la necesaria eficacia. (En este punto sería siempre de interés un examen riguroso del papel del fiscal, constitucional agente de la legalidad, a partir de su relación subalterna con el ejecutivo).

Con todo, en situaciones como la española de estos años, en la que las distintas mayorías han demostrado una clara renuncia a la regeneración constitucional, desde dentro, de la política y una marcada vocación de penetración partitocrática y manipuladora de las instituciones de garantía, la única respuesta de algún grado de eficacia a los fenómenos de corrupción, por más que limitada, ha sido de procedencia jurisdiccional. Insuficiente, como es obvio y difícilmente podría ser de otro modo.

Insistiré en lo de limitada, porque el examen de las vicisitudes de algunas causas importantes, a cuya incoación y desarrollo no fue ajena la presencia de Jiménez Villarejo al frente de la Fiscalía Anticorrupción se presta a conclusiones bastante desoladoras. Aunque el paso de este por la institución tuvo como efecto un inusual impulso de la acción penal en determinados campos, generalmente exentos.

El propio Jiménez Villarejo, en un trabajo reciente afirma que «la persecución del delito económico cometido desde las más altas posiciones de poder, es aceptada con dificultades por la administración de justicia, jueces y fiscales, con las necesarias excepciones»; y constata cierta tendencia del ministerio público a alinearse con los imputados y acusados (que, obviamente, no se da en otra clase de delitos) y el papel fundamental desempeñado por la acusación popular en la clase de procesos aludida. El autor pasa revista a casos como el de las cesiones de créditos del Banco de Santander, el de las cuentas secretas del BBVA, los de Abengoa, de Ercos-Ertoil, de Alierta³⁴.

³⁴ C. Jiménez Villarejo, *Poder económico. ¿Poder judicial?*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n.º 64, marzo/2009, págs. 4 ss.

Por cierto, el primero, más conocido como caso Botín, aunque en sus hechos no sería de corrupción en sentido propio, merece una mención especial. Por el papel del ministerio público (equivalente bajo dos mayorías políticas sucesivas, de distinto signo); por lo muy cuestionable de la fundamentación jurídica de la decisión que le puso fin; y por el alcance de la misma, en una perspectiva de futuro, en lo que se refiere a la persecución de delitos de particular trascendencia. En efecto, pues —rompiendo a instancia de aquel con jurisprudencia de una vigencia secular, y en uso de un criterio interpretativo de un literalismo fuera de norma y *ad hoc* para la ocasión, antes nunca seguido y que choca abiertamente con el contexto del que siempre obtuvo su sentido universalmente aceptado el sintagma «acusación particular» (denotativo de la no oficial o pública)— la Sala Segunda del Tribunal Supremo redimensionó a la baja, hasta banalizarlo prácticamente, el papel de la acusación popular como sujeto procesal autónomo en la apertura del juicio oral. Con el resultado, en el caso, de cerrar abruptamente la causa seguida contra el primer banquero del país³⁵. Todo, a través de una radicalmente nueva interpretación del art. 782,2º de la Ley de

³⁵ Cfr. la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1045/2007, de 17 de diciembre, y los votos particulares que la acompañan.

E. Criminal, equivalente a la verdadera reescritura (de este y otros preceptos), con la consecuencia de subordinar el papel de la acción popular a la iniciativa del ministerio público en la apertura del juicio; cuando, precisamente, el rol institucional (y constitucional) que la primera tendría que desempeñar y ha desempeñado en infinidad de ocasiones, es el de suplir la pasividad del segundo, como es notorio, políticamente interesada o condicionada, las más de las veces³⁶.

³⁶ Como gráficamente explica Jorge Barreiro: «Se trata de un supuesto en el que los altos dirigentes de la entidad bancaria más importante del país y otros 28 ciudadanos han sido imputados por una serie de delitos en cadena que afectan fundamentalmente a la Hacienda Pública, es decir, al patrimonio común de los ciudadanos. Se transforma el procedimiento contra ellos. El Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado no acusan y dos acusaciones populares sí lo hacen. La Juez de Instrucción y la Sala competente de la Audiencia Nacional —cuatro jueces en instancias distintas— sí encuentran indicios criminales contra los imputados. Y cuando, después de quince años, se está iniciando la vista oral del juicio, otra sala distinta de la Audiencia Nacional implanta una nueva doctrina procesal que cercena a partir de ahora de forma capital la intervención autónoma de las acusaciones populares en más del noventa por ciento de los procesos penales. Por último el Tribunal Supremo avala su decisión, muy preocupado, eso sí, por la desconfianza que muestran unos atrevidos y suspicaces ciudadanos hacia la intervención del Ministerio Fiscal como monopolizador de la acción penal» A. Jorge Barreiro, *Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular*, «Jueces para la Democracia. Información y debate», n° 61, marzo/2008, pág. 16.

Si, como ha escrito también expresivamente Sánchez Morón, «la evolución reciente de nuestro derecho público ha facilitado el desarrollo de la corrupción política en vez de ponerle freno»³⁷, es claro que un giro en sentido opuesto al respecto contribuiría eficazmente a producir el efecto contrario. Un giro que, visto desde la propia lógica del modelo constitucional vigente, no sería más que la tardía atribución a este de una plenitud de efectividad que escandalosamente se le ha escatimado, y cuya ausencia, buscada y conseguida, ha demostrado ser un poderoso antecedente estructural de aquel odioso fenómeno.

Es por lo que el restablecimiento de esa dimensión frustrada de nuestro, por eso *demediado*, estado constitucional de derecho, la de sus funciones e instituciones de garantía, en el sentido de Ferrajoli³⁸, produciría, entre otros, el efecto de contribuir a sanear, dignificar y legitimar la política democrática, que no puede ser ajena a la idea de límite, y límite desde el derecho, como dimensión efectivamente presente en todas las prácticas del poder.

³⁷ En op. cit., pág. 191.

³⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, págs. 875 ss. (Trad. cast. en curso de publicación por Editorial Trotta, Madrid).

Porque el de la legalidad constitucional para la política, en contra de lo que tantas veces se ha dicho o sugerido, desde posiciones, sobre todo políticas, no es un límite impropio y, menos aún, un límite que lleve consigo el efecto de cancelar el espacio de la política democrática. Primero, porque en línea de principio, entre política y legalidad, ambas constitucionalmente entendidas, no podría haber ningún antagonismo. Y, segundo, porque en el modelo de estado que se contempla, la política democrática tiene asegurado un territorio de actuación tan amplio como el comprendido entre lo jurídicamente indiferente y lo inconstitucional y lo ilegal hasta, en el extremo, las previsiones del Código Penal.

En este punto, no haría falta recordar que, bien sintomáticamente, en Italia como aquí, las reacciones más beligerantes, y no de simple cuestionamiento de intervenciones concretas, sino de la misma legitimidad de la instancia jurisdiccional, se han dado en respuesta a la apertura de causas contra sujetos públicos, por actos de ostensible relevancia penal, connotados ya desde el principio por aparatosos indicios de criminalidad.

Con lo que la oposición al modelo constitucional ha tenido así —por más que cueste aceptarlo y hacerse a la idea— un expresivo

momento central en la impugnación del Código Penal como frontera de las acciones de gobierno³⁹. Una reivindicación implícita del retorno a la soberanía como prerrogativa, como *suprema potestas* propia de un poder —el que según se ha visto empieza (pasa o termina, tanto da, en el partido)— que se quiere a sí mismo *legibus solutus*.

Es importante observar que, en general, lo contestado no han sido vicios de ilegalidad que pudieran haberse producido en actuaciones judiciales concretas. Lo verdaderamente cuestionado de manera frontal, es el marco y el diseño de estado que hace posible la intervención jurisdiccional como tal —la penal en particular— allí donde afloren indicios de delito en el operar de los sujetos públicos.

³⁹ Existe una nutrida fenomenología reciente en la materia, constituida por toda una reiteración de verdaderas posiciones *de fuerza* de distintos líderes políticos ante intervenciones irreprochables de la jurisdicción. Pero el caso ciertamente paradigmático es el de Berlusconi, con su imperio mediático *profesionalizado* en tareas de deslegitimación de las actuaciones de la magistratura, y el uso descarado de la mayoría legislativa al servicio de los propios intereses procesales: entre otras cosas, modificando la legislación vigente mediante leyes *ad hoc* con objeto de provocar la nulidad de comisiones rogatorias comprometedoras, cuando no, directamente, la prescripción de los delitos. Puede verse al respecto, L. Ferrajoli, *Giustizia*, en F. Tuccari (ed.), *Il governo Berlusconi. Le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002, págs. 73 y ss.

De este modo, ha sido frecuente la denuncia de abusiva invasión de la esfera política —¡nada menos!—, ocultando el dato altamente significativo de que, en tales casos, la única extralimitación denunciable es la del que trasciende los límites impuestos por la legalidad, sobre todo si esta es legalidad penal, que es lo que está en el origen de la imputación.

Ante supuestos de esta clase, es aberrante que pueda ponerse en duda la legitimidad del juez para actuar, y más aún que esto se haga en nombre de la democracia. Pues lo cierto es que, en vicisitudes procesales de ese género, toda la legitimidad democrática está de parte de quien aplica la ley conforme a la Constitución frente a ejercicios prevaricadores del poder nacido de esta. ¿Podría olvidarse que la Constitución y la ley son las más decantadas expresiones de la soberanía popular? ¿Y que —como recuerda Atienza— «el estado democrático de derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del estado, del poder a la razón, y no de la razón al poder»?⁴⁰.

Imprescindible jurisdicción

Debe rechazarse, pues, la insidia consistente en presentar a la jurisdicción, función de

⁴⁰ M. Atienza, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa*, cit., pág. 15.

la legalidad, como instancia antagónica de la institución parlamentaria⁴¹. Una insidia según la cual, mientras el político afectado por indicios de criminalidad (e incluso delincuente convicto) seguiría ungido por el fluido legitimador de las urnas, el juez sería siempre un operador deficitario en materia de legitimidad, por su ajenidad a las mismas. Y, por tanto, responsable de una clase de intervenciones *ilegítimamente* perturbadoras del curso y el pulso de la democracia representativa.

Al discurrir de este modo, se lleva a cabo una intolerable reducción procedimental de la democracia constitucional; y se olvida interesadamente que, en ella, no solo existe el señalado amplísimo espacio constitucionalmente asegurado para el desarrollo de la política, sino que, además, quienes la ejercen tienen directamente en sus manos la posibilidad de restringir de forma radical con medios lícitos a su alcance, por lo demás, de uso nunca facultativo, la incidencia de eventuales actuaciones judiciales sobre la misma.

En efecto, basta considerar que las que más preocupan de estas —las de carácter penal— suelen producirse después de una crisis masi-

⁴¹ Interesantes reflexiones sobre el particular pueden verse en E. García de Enterría, *Democracia, jueces*, cit., en particular, págs. 68 ss.

va de todos los controles parlamentarios y político-administrativos constitucional y legalmente previstos, que es lo que hace posible la degradación criminal de las actuaciones públicas. En este campo, las intervenciones de control judicial están normalmente precedidas de diversas formas, con frecuencia evidentes, de auténtico *descontrol* parlamentario y político-administrativo.

De esta manera, bastaría una madura disposición a *tomar en serio* el lado *garantista* de la política, o lo que es igual, a esta en su genuino sentido democrático y constitucional, para que la misma pudiera mantener *limpio*, y con ello exento de intervenciones *ajenas*, su propio terreno. Además, de la manera más *fisiológica*, es decir, haciendo innecesarias las actuaciones judiciales de restauración del orden jurídico, que así resultaría preservado de forma previa.

Ahora bien, una vez realizada una acción posiblemente delictiva en el sector público y por un sujeto de este carácter, solo la reacción judicial desde la legalidad puede *poner las cosas en su sitio* y, sobre todo, hacer que las instituciones concernidas asuman su responsabilidad y, en especial, su papel de *garantes* para impedir en el futuro situaciones de esa índole. La función general-preventiva de la jurisdicción criminal tiene aquí un importante

campo de desarrollo. Pues como Ferrajoli ha puesto lúcidamente de manifiesto, mientras que concurren las mejores razones de experiencia para entender que la respuesta penal a la conocida como delincuencia de subsistencia, es decir, a la asociada a la falta de recursos vitales y a la marginalidad, carece prácticamente de efectos disuasorios, los tiene, sin duda, y de la máxima eficacia, frente a esas otras formas de desviación *no necesitada*⁴². De las que sus autores podrían prescindir pagando un precio *asumible*, seguramente (aunque quizá, no siempre), menos gravoso de lo que para ellos puede ser el paso por la jurisdicción criminal, la condena y, en su caso, la cárcel. Por eso, perfectamente *indicada* para esta clase de supuestos, por la relevancia social de los bienes y valores jurídicos en juego y por las gravísimas consecuencias sociales de las infracciones.

En contra de lo que con frecuencia, se ha sugerido en estos años, en el diseño constitucional de estado, la jurisdicción —con todo— no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte. Pues no ejerce una fiscalización capilar y sistemática de las actuaciones de las otras instancias de poder. Antes bien, en términos de modelo, sus inter-

⁴² L. Ferrajoli, *Principia*, cit., II. *Teoria della democrazia*, pág. 376.

venciones, en particular las de carácter penal, estarían llamadas a ser ocasionales y de carácter puntual, en relación con actos concretos, que también circunscriben los efectos de las mismas; que, además, se producen solo a instancia de parte (¡ay!, generalmente privada⁴³).

Más aún, las causas penales únicamente se inician en presencia de relevantes indicios de delito; y, de existir alguna inercia en la

⁴³ Resulta curioso comprobar que mientras en Italia la reacción penal frente a la corrupción ha sido protagonizada por el ministerio público (independiente), en España, en general, se ha debido a la iniciativa privada, mediante el uso de la acción popular. Que, por cierto, en medios políticos (y judiciales), y con notable consenso, se querría ahora *redimensionar* en sus posibilidades legales de ejercicio. Es de lo más elocuente poner en relación el estatuto del ministerio público (de mayor o menor independencia) y la calidad de su implicación en la persecución de las ilegalidades del poder. Cfr. sobre el particular: P. Andrés Ibáñez, *Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal*, en Varios Autores, *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 15 ss.; Id. *El fiscal en la regresión inquisitiva del proceso penal*, en «Teoría&derecho», 1/2007, págs. 11 ss.; J. C. Nicod, *El ministerio público en Francia*, trad. de J. R. Prada, en Jueces para la Democracia. Información y debate, n° 18, 1993; R. Muhm, *Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. Crisis del modelo y perspectivas de reforma*, en la misma revista, n° 22, 1994; y E. Maia Costa, *El ministerio fiscal en Portugal*, trad. de C. López Keller, en la misma revista, n° 21, 1994.

materia, esta —por razón de la subcultura corporativa que alimenta una tendencial objetiva *complicidad* institucional, inscrita en la misma *lógica de los aparatos*— operará en el sentido más favorable a la impunidad de los delitos producidos en ámbitos públicos, como ha sido históricamente la regla. Regla que, incluso en la actualidad, tiene un elevado índice de vigencia, pues —conviene insistir— hay buenas razones para afirmar que la *cifra oscura* de la criminalidad en esos medios sigue siendo bien alta.

Hoy por hoy, a tenor de lo expuesto, es forzoso reconocer la evidencia desoladora de un, parece que ineliminable, alto índice de deterioro, por pérdida o falta de calidad constitucional y democrática, de la política en acto, objetiva y genéticamente asociada al modo de ser y de operar del partido. Así como que la misma es el marco más general, en el que —no por casualidad— con preocupante frecuencia inciden los actos de corrupción verdadera y propia, generalmente asociados a la adopción de decisiones de contenido económico. Siendo así, ¿será exagerado decir que ambos datos representan otros tantos factores centrales de nuestra auténtica *constitución material*?⁴⁴

⁴⁴ Lo ha escrito F. Fernández Buey: «la corrupción es parte sustancial de esta *cuasidemocracia* nuestra, y

Diría que no, y que más bien lo acredita: a) la recurrencia de actuaciones en régimen de infralegalidad, cuando no ilegales y de ilegalidad criminal producidas, de manera más que ocasional, en esos medios; b) la ausencia en ellos de verdaderas actitudes de rechazo y más aún de las eficazmente dirigidas a remover los que se conocen como efectivos presupuestos y condiciones de posibilidad de tales odiosos fenómenos; c) la invariable puesta en juego de estrategias procesales de ruptura⁴⁵ por parte

ocultarlo es precisamente lo que está poniendo en peligro la democracia que podría ser», en *Corrupción en una democracia realmente existente*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n.º 20, 3/1993, pág. 4.

⁴⁵ Se trata de un dato curioso y en cierta medida nuevo, debido a la actitud frente al proceso de no pocos de esos imputados *de lujo* o *de clase A* que son los sujetos públicos, sobre todo si están aún en posiciones de poder. En efecto, porque sus estrategias de defensa —a cargo muchas veces de auténticos *príncipes del foro*, obviamente muy bien retribuidos, y no raramente con dinero, al fin, también público—, se producen no tanto *en el proceso* como *contra el proceso*: para hacerlo saltar. Y se dirigen no contra las acusaciones sino, en términos abiertamente deslegitimadores, contra la jurisdicción misma como instancia constitucional. Jacques Vergès (en *Estrategia judicial de los procesos políticos*, trad. de M. T. López Pardina, Anagrama, Barcelona, 1970), para referirse a tal clase de experiencias, hizo uso del sintagma «procesos de ruptura», que, aunque con un antecedente simbólico tan noble como el protagonizado por Sócrates, tienen su expresión más caracterizada en los seguidos contra sujetos antisistema, que utilizarían el proceso «no para defenderse sino para agredir» (pág. 62). Pues bien, curiosa-

de los políticos y partidos afectados, sistemáticamente orientadas a deslegitimar a la jurisdicción y romper los procesos⁴⁶; d) el uso interesadamente manipulador del derecho a la presunción de inocencia como instrumento de desresponsabilización política; e) la subsistencia del privilegio procesal del aforamiento; f) la segmentación partidista de la moral pública, que se expresa en un consolidado hábito de silencio o de comprensión ante las conductas infractoras de los propios o de los próximos⁴⁷ y de rechazo puramente táctico de las del contrario; g) la renuncia a promover en la ciudadanía la necesaria cultura de repudio de esas prácticas y una nueva moral política.

mente, y no hay que ir nada lejos para dar con supuestos emblemáticos, esta clase de comportamientos han menudeado protagonizados por personajes con muy distintas ubicaciones dentro del arco político.

⁴⁶ Últimamente (14 de febrero de 2011), son muy expresivas al respecto las torpes, e insidiosas por manifestamente falsas, declaraciones de la alcaldesa de Valencia, Rita Barberá a los medios de comunicación, a propósito del caso Camps en el sentido de que los jueces, dice: «Son unas personas que militan o han militado en partidos políticos, que se han presentado a elecciones [...y los ciudadanos] lo tienen que saber».

⁴⁷ En esto, lamentablemente, se da asimismo una sensible proximidad de las actitudes, que se reiteran más allá de las siglas. Y es que, como también ha escrito lúcidamente F. Fernández Buey: «En el fondo lo sabíamos desde hace tiempo: el poder corrompe. Lo que nunca queremos acabar de aceptar es esto otro: también corrompe a los que han sido nuestros amigos», en op. cit., pág. 8.

Por tanto, lo que prevalece objetivamente es la tendencia al mantenimiento de las presupuestos y las constantes estructurales de la corrupción y al perfeccionamiento técnico de las acciones de esta clase, con objeto de evitar su descubrimiento y persecución. Todo, con la cobertura de una política de creación de opinión dirigida a banalizar el alcance de las mismas entre la propia clientela electoral.

A tenor de estos datos, no tiene nada de particular que las encuestas sitúen con insistencia a los actores políticos en el lado de los problemas que atormentan a nuestra sociedad, y no en el de las posibles soluciones. Algo que no debe extrañar cuando, por lo que sabemos y lo que permite hipotizar la aludida *cifra oscura (la de lo que sabemos que no sabemos)*, existen buenas razones estadísticas para pensar que las distintas conductas delictivas que nutren el capítulo de la corrupción tienen una muy fuerte presencia en nuestra sociedad. Cuando las instancias de control político que deberían conjurar preventivamente las conductas desviadas que se producen en ese ámbito están aquejadas de una endémica y profunda crisis de efectividad. Cuando el marco legal vigente ofrece amplias posibilidades de elusión de las cautelas dirigidas a evitar conductas infractoras en ámbitos tan significados como el de la contratación administrativa, el urbanismo y otros. Cuando

el ministerio fiscal, en general, no brilla precisamente por su celo persecutorio de los delitos cometidos en o relacionados con ámbitos públicos. Cuando la independencia judicial no luce, precisamente, como valor en las prácticas del órgano que tiene constitucionalmente encomendada su promoción y defensa en el interior de la administración de justicia y en la opinión. Cuando la capacidad de respuesta jurisdiccional a las más graves conductas desviadas de los sujetos públicos se mantiene bajo mínimos, debido también a la infradotación de los órganos judiciales. Cuando, por último, aunque no en fin, se dan motivos bastantes para la percepción social de la esfera pública como un ámbito pródigo en incumplimientos sin sanción...

Pues bien, si entre las condiciones de posibilidad del *berlusconismo* figuran datos como el desprestigio de la política, la desconfianza en los políticos, el desinterés por lo público, la complacencia en la ilegalidad, el recelo frente a lo institucional... ¿Será demasiado arriesgado preguntarse en voz alta si —contando además con la creciente frustración de legítimas demandas sociales, alimentada por la crisis— no se estarán potenciando entre nosotros las condiciones para el ascenso en la arena política de posibles aventureros de *berlusconiano* perfil?

Para concluir estas consideraciones, una última observación. No sé como acabarán las vicisitudes judiciales de Berlusconi⁴⁸. Las aún vivas y que no han sucumbido al abrumador despliegue de medios de toda índole puestos en juego por él mismo desde su privilegiada posición, para procurarse impunidad, con la inestimable ayuda (bien retribuida) de un gran *pool* de juristas, no solo italianos, *de príncipe* tan zafio. Pero hay algo —quizá lo único hasta la fecha— en lo que, creo, concurre el deber moral y cultural de *hacerle justicia*. Es su objetiva contribución a la tarea de poner de manifiesto la indudable eficacia de la jurisdiccional como —hasta hoy, prácticamente— la única respuesta eficaz a las acciones criminales de corrupción desde el poder. Una vez constatado el aparatoso fracaso de todas las demás articulaciones estatales implicadas en la materia.

⁴⁸ La última, en el momento de escribir estas líneas, recalca en un título del Código Penal distinto de los habitualmente frecuentados por *Il Cavaliere*, ahora *Il Sultano*, según el calificativo de G. Sartori (*Il sultano democratico. Come si corrodonò le garanzie costituzionali*, en «Corriere della sera», 16 de abril de 2009), desde que, como ha escrito Adriano Sofri: «La prostitución en la Italia de hoy es una prerrogativa presidencial, una conquista de la famosa constitución material» (en *Il trono e la scimmia*, «La Repubblica», 25 de enero de 2011). De «viejo verde»: «anziano concupiscente», ha hablado B. Spinelli («La Repubblica», 9 de febrero de 2011).

En tal sentido, y en una consideración atenta, matizada y omnidimensional del *fenómeno Berlusconi* en su intensa relación con la jurisdicción, creo que, con todo, esa aportación tendría que serle reconocida. Porque —Berlusconi sí que sabe— el caudal *argumental* que se expresa en sus compulsivas estrategias saboteadoras y de ruptura de los juicios y del marco constitucional de la propia administración de justicia es bastante más convincente y persuasivo que muchos esfuerzos teóricos. Es —¡quién lo diría!— la mejor de las razones esgrimibles en favor del constitucionalismo rígido, de la separación de poderes, de la independencia judicial *erga omnes* (incluida la del ministerio público), de la obligatoriedad de la acción penal, de la vigencia de la acción popular, como eficaz sistema de potenciales contrapuntos y posibles correctivos de las nada teóricas eventuales desviaciones de la política democrática⁴⁹.

⁴⁹ No parece inútil recordar aquí que más de trescientos parlamentarios italianos han llegado a votar una moción cuyo contenido era la afirmación de que Berlusconi creía de buena fe que la muchacha marroquí, que, sabiéndola menor de edad, él había usado sexualmente, era, sobrina del depuesto presidente egipcio, y que intercedió por ella ante la policía para evitar un conflicto diplomático. Todo para tratar de favorecerle en su táctica obstructiva de la acción de la justicia. Nadie, mediano lector de prensa o mero simple seguidor de la actualidad por los telediaris, incluidos los de las cadenas del —o próximas al— *premier* italiano podría concebir la menor

Pues lo cierto es que hoy, *gracias a Berlusconi*, sabemos bastante más.

Fueros especiales: ¿garantía de qué?

El tratamiento legal, en nuestro sistema, de las inmunidades penales por conductas de los representantes políticos ajenas a la función, suscita diversas cuestiones de carácter técnico, que, al quedar fuera de la perspectiva en que se sitúan estas reflexiones, no corresponde abordar aquí⁵⁰. Para el propósito que se persigue con esta exposición basta partir de la previsión constitucional de que los diputados y senadores «no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la

duda acerca de que los más de trescientos parlamentarios mintieron a sabiendas con su voto, corrompiéndolo, para encubrir un hecho gravísimo de corrupción. Adverando así, autorizadamente, la afirmación de A. Sofri en el sentido de que la nueva habilidad de Berlusconi consiste en «hacer de su días públicos los apéndices cada vez más exhaustos de sus noches privadas» de *bunga bunga* (en op. cit.).

⁵⁰ A todos los efectos, para una amplia información sobre el universo de cuestiones de carácter técnico que plantea este asunto, cfr. J. L. Gómez Colomer e I. Esparza Leibar, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Cámara respectiva» (art. 71,2); que deberá ser solicitada mediante suplicatorio (art. 755 Ley de E. Criminal), por el tribunal competente, en este caso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 71,3 CE, art. 1 Ley de 9 de febrero de 1912 y art. 57,2 Ley Orgánica del Poder Judicial). También es de tener en cuenta el régimen de aforamiento previsto para los parlamentarios y altos cargos autonómicos⁵¹, asimilable en su naturaleza al de aquellos.

Abordado sucintamente el asunto con una perspectiva de fondo, hay práctico consenso en que la de «inmunidad» es una garantía funcional, solo justificada por la necesidad de proteger la función parlamentaria —en su inviolabilidad, *ex art.* 63, 3 de la Constitución— frente a eventuales usos torcidos del proceso penal, que pudieran perseguir una alteración de la composición de las Cámaras y, con ello, de su funcionamiento.

El Tribunal Constitucional se ha preocupado de señalar que la previsión de ese precepto y demás concordantes no encierra un privile-

⁵¹ Cfr. el art. 73.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que remite a las normas correspondientes de los distintos Estatutos de Autonomía, en materia de competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como salas de lo penal. Para un tratamiento en detalle de este asunto, véase J. L. Gómez Colomer e I. Esparza Leibar, *Tratado*, cit., *passim*.

gio, sino «una prerrogativa institucional». Así, por todas, la STC 124/2001, de 4 de junio, afirma: «la inmunidad al igual que otras prerrogativas parlamentarias no [...] es un privilegio». En un difícil, e incluso arriesgado juego con los términos —pues «prerrogativa», en la primera acepción del *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia, equivale a «privilegio»— que ha llevado a la alta instancia a hablar de «tratamiento jurídico diferenciado» (STC 22/1997, de 11 de febrero), que, de todos modos, en su semántica, de neutralidad aparente por menos cargada de connotaciones negativas, viene a decir realmente lo mismo. Dificultades, pues, de denotación ya en el primer plano del lenguaje, que no son sino un reflejo de las de fondo que suscita la naturaleza misma del cuestionable instituto⁵².

⁵² Resulta ilustrativo observar cómo los argumentos en clave de justificación se reiteran desde antiguo, al extremo de que los actualmente en curso guardan sintomática correspondencia, incluso en su misma literalidad, con los empleados por tratadistas históricos. Así, un procesalista clásico donde los haya, F. Hélie razona sobre el sentido de la inmunidad en estos términos: «Esta garantía, aunque sea personal, no debe ser considerada como un privilegio. Ha sido establecida, no en favor de la persona, sino en favor de la función. Su fin no es otorgar un prerrogativa al rango o a la posición social, sino dotar de una protección al derecho político» (en *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'Instruction Criminelle*, Charles Hingray, Libraire-Editeur, Paris, 1848, III, págs. 283-284).

Precisamente, a esta circunstancia se debe que el tratamiento jurisprudencial haya tenido que ser, en general, restrictivo y orientado a subordinar el uso del mismo a exigencias directamente relacionadas con las necesidades de protección estrictamente derivadas del propio carácter de la función parlamentaria⁵³. Así, al respecto, no puede ser más expresiva la misma STC 124/2001, citada, cuando afirma que ese «sentido institucional de la prerrogativa [es] el único susceptible de preservar su legitimidad». Poniendo claramente de manifiesto la conciencia de lo objetivamente problemático de esta.

En efecto, pues, por más que esfuerzos de reelaboración en clave, en cierto modo, constitucional, como los aludidos, se orienten a dar un giro que haga tolerable la figura, resulta imposible no ver en ella —como, por

⁵³ Curiosamente, a juicio de algunos autores, mediante el recurso a expedientes como el contemplado, se trataría también de preservar la independencia de la jurisdicción, evitando que los «eslabones más débiles» de esta —jueces de instrucción *de a pie*— tuvieran que hacer frente a causas por hechos de alta densidad política, que inevitablemente los desplazarían al centro del debate público, con el inevitable sometimiento a fuertes presiones de las más diversas procedencias. Pero el argumento, si pudo tener cierto sentido alguna vez, hoy carece por completo de él, cuando será difícil hallar algún juzgado que esté libre de procesos cuya gestión presente esa clase de dificultades.

lo demás, en las múltiples formas de «tratamiento jurídico diferenciado» que nuestro ordenamiento contempla para muy diversos sujetos⁵⁴— una crisis del principio de igualdad en campo tan sensible como el penal y procesal-penal⁵⁵. Que no se da, sin embargo en las legislaciones de países como Alemania e Italia, donde la competencia para conocer es en todo caso del tribunal que corresponda según las reglas generales de competencia⁵⁶.

⁵⁴ J. L. Gómez Colomer, en Introducción a J. L. Gómez Colomer e I. Esparza Leibar, *Tratado*, cit. pone de relieve que el nuestro es «el país que más aforamientos contempla. Solo en los cargos de origen político podríamos estar hablando de más de 2.000 posibilidades, si añadimos otros campos como el judicial o fiscal podríamos llegar a más de 10.000, y si contamos a los miembros de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad, que también están aforados, la cifra es realmente escandalosa» (pág. 25).

⁵⁵ En realidad, el tratamiento del tema ha llevado siempre incorporado un apartado de justificación, sin duda tenido por necesario. Entre nosotros, es bien advertible en los primeros comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, Reus, cuando hace constar que «la llamada inmunidad de los representantes del país en las Cámaras [fue] objeto de viva controversia» (E. Reus (dir.), *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882, concordada y anotada extensamente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, I, pág. 434. O Aguilera de Paz, que habla «apasionadas controversias» (en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 2ª edición corregida y aumentada, 1924, V, pág. 623).

⁵⁶ Por más de que, en este momento, y en particular

Las excepciones al régimen general de ejercicio de la acción penal o al del enjuiciamiento, representadas por la exigencia de la autorización a proceder y por el fuero especial (que, como en el caso de los parlamentarios españoles, pueden darse conjuntamente) responden en su origen a un propósito que precisa muy gráficamente Hélie: «mantener la libertad del poder político»⁵⁷. Que en el contexto histórico de la reflexión del autor quería decir mantenerlo —*soberano*— a salvo de las invasiones del poder de los jueces, latente aún «el recuerdo del papel político de los *parlements*, de sus pretensiones excesivas, de sus continuas intromisiones»⁵⁸.

Pero lo cierto es que la opción legislativa que hoy cuenta con carta de naturaleza en múltiples ordenamientos, más precisamente, la representada por el fuero especial, para expresarlo con palabras prestadas del freudiano lenguaje de los sueños, tenía, y *sigue*

tras la aleccionadora lectura del trabajo de A. Pace aquí recogido, invocar el caso italiano como paradigma de normalidad jurídica en la materia solo pueda hacerse con las obvias reservas, y, en este supuesto, con exclusiva referencia a una parte de la legislación en la materia que todavía no ha sido del interés de Berlusconi, y por eso permanece al margen de la brutal estrategia *contralegislativa* sobre la que ilustra ese lúcido texto.

⁵⁷ En op. cit., pág. 284.

⁵⁸ En op. cit., pág. 285.

teniendo, a mi juicio, junto a esa pretensión de justificación «manifiesta» una *razón* de ser, podría decirse, «latente»; que se resuelve en la oscura existencia de, este sí, un privilegio de carácter informal, pero de bien acreditada eficacia favorablemente discriminadora de los políticos en funciones parlamentarias.

En efecto, pues repárese en que la especialidad del fuero se ha cifrado históricamente en la atribución directa del enjuiciamiento de aquellos a un tribunal *superior*, generalmente supremo: la más *alta corte*. Lo que, en los habituales contextos de organización judicial *en carrera* de matriz napoleónica, venía a significar el desplazamiento de la competencia para proceder a magistrados situados en el vértice del escalafón y del organigrama, significativamente, en virtud de un nombramiento discrecional y de discrecionalidad específicamente política. Magistrados, por tanto, distinguidos —por haberla merecido— con la confianza del poder en acto, ahora eventualmente justiciable en alguno de sus exponentes. Confianza previamente contrastada a lo largo de muchos años de ejercicio profesional, a través de los conocidos y habituales rigurosos procedimientos de vigilancia y control ideológico, de capilar penetración en las vicisitudes profesionales e incluso privadas del funcionario judicial; cuyas aspiraciones de promoción tampoco tendrían por

qué estar todavía plenamente colmadas. Así pues, por tradición, instrucción y enjuiciamiento a cargo de magistrados de *fidelidad* acreditada; y para los que satisfacer las expectativas del poder representaría una segura fuente de satisfacción también de sus propias expectativas profesionales.

Pero no solo, porque la peculiar *garantía* implícita en esta especial forma de *predeterminación legal* ha ido normalmente acompañada de otra de naturaleza, diría, *funcional*. Me refiero a la derivada del dato de que los magistrados de estos tribunales, dedicados a tareas de casación o similares, carecían por lo común de práctica actual en las propias de la instrucción (que incluso podrían no haber ejercido nunca) y del juicio en primera (y aquí única) instancia. Con lo que el deber de asumir una tarea de esa índole en causa seguida, además, contra un aforado, comportaría siempre una carga, al tratarse generalmente de un quehacer sobreañadido, incómodo e incomodante, y esto por razones no solo estrictamente procesales.

Así las cosas, la gestión de alguno de tales procesos es algo que ciertamente solía y suele a romper la serena normalidad de la dedicación del magistrado competente por razón de la especialidad del fuero, e incluso la tranquila dinámica de funcionamiento de mismo apa-

rato burocrático del tribunal de casación. Circunstancias que, aunque solo sea por razón de las explicables inercias, no estarían llamadas a favorecer la agilidad del discurrir procesal ni una particular incisividad de las actuaciones. A esto se suma —en los supuestos de implicación de otros sujetos (imputados estándar) junto con el aforado, o de concurrencia, por razón de conexidad, de más hechos que los imputados a este— la inevitable producción de toda una serie de (a veces complejas) incidencias procesales; con las conocidas idas y venidas, de y en la causa, entre los órganos implicados, y los consiguientes retrasos, fraccionamientos de la materia y, en definitiva, la inevitable pérdida de calidad del trámite que, obviamente, tampoco se dará en beneficio de la calidad de los resultados.

En otro orden de consideraciones, asimismo como problema, está el bien conocido de la general ausencia del doble grado de conocimiento en caso de sentencia condenatoria, por falta de una instancia superior a la (suprema) aquí competente. El Tribunal Constitucional, haciendo, claramente y de forma poco lucida, *de la necesidad virtud* (SSTC 51/1985, 30/1986, entre otras) se ha decantado por un poco riguroso ejercicio de *ponderación*, que bien puede resumirse en la afirmación de que el aforado, en cualquier caso, no

debiera *quejarse*, pues la pérdida de su derecho al recurso del art. 14, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos quedaría ampliamente compensada con la ventaja del enjuiciamiento por el tribunal, supuestamente, mejor dotado y más experimentado de los que imparten justicia en el país⁵⁹. (Ventaja a la que tendría que sumarse la implícita ya aludida de las varias inercias y eventuales objetivas complicidades a que me he referido, aun impresas en alguna medida en el tejido institucional). Pero ciertamente, aquel no es argumento, aunque solo sea por la banalidad de que, en general, y desde luego en supuestos como el español, en el habitual uso de la discrecionalidad en la cobertura de plazas del Tribunal Supremo no suelen primar como debieran los criterios de mérito y capacidad; y por la obviedad de que, incluso aunque primasen, la posibilidad de errar en el juicio está al alcance de cualquier jurisdicente.

Cuando se habla, como cuestión, de la doble instancia en los procesos de aforados, la consideración, por lo general, se limita al asunto de la sentencia definitiva sobre el fondo; con lo que se deja a un lado la que

⁵⁹ Un amplio tratamiento crítico de este asunto puede hallarse en A. Sáiz Arnáiz, *Aforamiento y doble grado de jurisdicción*, en «Parlamento y Constitución. Anuario», n° 5, 2001, págs. 71 ss.

plantean las resoluciones interlocutorias, con frecuencia nada trivial. Tratándose de estas —es lo habitual en la Sala Segunda—, de la impugnación de las decisiones del instructor conoce una sala de cinco magistrados, normalmente la que estuviera de turno en el trámite de admisión de querellas por causas especiales. Así, en el plano formal, no hay duda, se actúa en el debido respeto a la dinámica de las impugnaciones de carácter devolutivo. Pero lo cierto es que el recurso discurrirá objetivamente en el interior de un mismo órgano y dentro, por tanto, de un restringido universo de profesionales (de probable homogeneidad político-cultural y jurídica), envueltos, por razón de su trabajo ordinario, en una estrecha relación de inmediatez, con la inevitable semejanza de actitudes y de criterios, que no favorece en absoluto la necesaria distancia crítica con que deben ser abordadas las resoluciones ajenas en el juego del régimen de instancias. No pretendo enunciar con esta afirmación una especie de máxima de experiencia, pero diría que, de entre todos, los altos tribunales son los que —debido a las *políticas* de nombramientos— presentan el menor índice de pluralismo en sus integrantes, algo que, sin duda, los empobrece desde el punto de vista político-cultural y, por consiguiente, también jurídico. A tenor de lo que antes he dicho sobre el histórico porqué de la ubicación en los vértices juris-

diccionales del tratamiento de las causas de los imputados de *clase A*, esa compacidad podría, en términos estadísticos, representar la, también aludida, informal *ventaja* para estos, que, por ello, en la lógica argumental antes evocada, tampoco podrían *quejarse*. Pero en cualquier caso, se trataría de un nuevo objetivo factor de discriminación que solo puede sumarse a los, tantos, como hacen particularmente cuestionable el régimen de fueros especiales.

El apuntado es un asunto antipático, en particular cuando se escribe *desde dentro*, pero que no debe soslayarse. Me refiero, obviamente, al del uso de la discrecionalidad en la cobertura de las plazas del tribunal que aquí interesa: la Sala Segunda del Tribunal Supremo, competente para conocer de las causas criminales de los sujetos públicos más caracterizados. Como bien se sabe, de las diversas patologías constitucionales y de la democracia que recorren, desde hace más de treinta años, la desoladora ejecutoria del Consejo General del Poder Judicial, ninguna tan grave como la que se manifiesta en este sector de su actividad⁶⁰. Sin duda aquel en el que el

⁶⁰ De este asunto me he ocupado en *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», n^o 52, marzo/2005, págs. 12 ss.

pathos partitocrático rompe, en intensidad y seguramente en sordidez, incluso las previsiones más pesimistas⁶¹.

Pues bien, se dan las mejores razones (la bondad que aquí se predica va solo referida al plano y a la calidad argumental) para poner en relación de causa a efecto ese estado de cosas con el hecho de que sea la Sala Segunda un tribunal penal de aforados. Precisamente, en años en los que este aspecto de su competencia, por las evocadas frecuentes caídas en la ilegalidad de relevantes manifestaciones de la política, ha adquirido una significación de primer plano. También referible, y por lo mismo, a las presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia y a la formación de las Salas de lo Civil y lo Penal de los mismos y por la misma razón de que se cubren en régimen de idéntica discrecionalidad *tout court* política. Salas, por cierto, cuyo cometido de más relieve es hoy el enjuiciamiento penal de aforados, y en las que se da la llamativa particularidad de que uno de sus integrantes es de procedencia parlamentaria (art. 330,4 LOPJ), esto es, resultado de un nombramien-

⁶¹ La fenomenología es inagotable, pero bastará con dejar constancia de la existencia en esa sala de una vacante con ¡casi dos años de pendencia! (no mucho si se mira hacia el TC), por la imposibilidad de un acuerdo sobre *criterios* que, obviamente, no son en absoluto jurídicos...

to directamente expuesto y abierto a la incidencia de la dinámicas partidarias a escala del territorio correspondiente. Lo que, si cabe, es aún peor, ya que la política que aquí se proyecta es, ciertamente, *de proximidad*.

Este asunto, el de los fueros especiales, con las particularidades aludidas y otras que podrían evocarse, tiene una última consecuencia bien sintomática: es que pone en tensión relevantes aspectos de la disciplina constitucional de las garantías procesales e incluso de la misma organización judicial. Sin duda, lo propio de cualquier medida excepcional introducida en un sistema articulado, cuya normalidad y coherencia resultan, como consecuencia, alteradas. Pues la ruptura de la lógica interna de las instituciones siempre pasa factura, al precio de discriminaciones, discontinuidades, contradicciones, y, al fin, deslegitimación. Una razón más, junto a las otras desgranadas a lo largo de estas páginas, para abordar en serio el tratamiento de la delicada materia objeto de examen en una perspectiva constitucional rigurosa, obviamente de profunda reforma.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*

