

LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA: ¿MODELO O ADVERTENCIA?

POR

JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA
Letrado del Consejo de Estado

I. PLANTEAMIENTO

España va a coronar su ordenamiento con la puesta en marcha de la justicia constitucional. Ante tal acontecimiento, se abren mil vías al jurista para profundizar en uno de los problemas capitales del Derecho. Voy a centrar mi interés en el ordenamiento italiano, intentando comparar lo que aún son textos legales en nuestro país —*law in the books*— con lo que es en el extranjero experiencia cotidiana —*law in action*.

La posibilidad de efectuar una transposición de los datos de la experiencia italiana para vivificar las normas españolas todavía no aplicadas es evidente. Así resultó de un interesante experimento de Derecho comparado que se llevó a cabo al inicio de la década de 1970 en la cátedra de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia. La Corte Constitucional italiana acababa de consolidarse en la vecina República tras lo que Rodotà denominara su «*svolta politica*». Juristas de Austria, España e Italia discurren sobre los problemas comunes de la justicia constitucional. España sólo podía aportar historia, la de la Constitución de 1931 recogida en los fondos bibliográficos de la institución albornociana. Poco importaba lo pasado de nuestras experiencias, pues el tratadista de Derecho comparado debe acomodar sus ojos a la mirada del historiador, como enseñara Gino Gorla, si quiere ser objetivo. Austria aportaba la madurez de las técnicas del *Verfassungsgerichtshof*. Todos los asistentes confirmaron con sumo interés el carácter cíclico de las respectivas experiencias jurídicas, hermanadas todas en una sola cultura europea. La experiencia española del *recurso de amparo* y su difusión en el área germánica llevaron incluso a pensar en un hipotético Tribunal Europeo de Garantías Constitucionales, idea sobre la que, al menos el jurista, debe perseverar en épocas de crisis.

Diez años después, se trata de realizar una labor inversa. Encarnar en España tesis y experiencias no ajenas a nuestra tradición. No aspiro, sin embargo, a efectuar un análisis de Derecho comparado, sino, más estrictamente, una exposición *selectiva* de Derecho extranjero. El método del comparatista entraña graves dificultades que se multiplican en el problema que nos ocupa.

El drama de la dialéctica entre el Derecho conocido y el desconocido se agrava cuando lo más desconocido es, paradójicamente, nuestro propio Derecho, hasta que el Derecho *aparente* no devenga *vigente* con el efectivo ejercicio de las altas funciones de nuestro Tribunal Constitucional.

Sirva, pues, nuestro Derecho como lente de aumento para subrayar aquellos aspectos de la justicia constitucional italiana que pueden sintonizar con nuestra tradición; para recordar experiencias con las que se puede enfrentar nuestro Tribunal Constitucional.

II. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: ORGANOS DE GARANTIA

Siguiendo la tradición constitucional austríaca, tanto la *Corte Costituzionale* como nuestro Tribunal Constitucional han de ser calificados primordialmente como órganos de garantía de la Constitución.

A diferencia de lo que ocurre en España, la *Corte Costituzionale* representa una innovación sin precedentes en el ordenamiento italiano. Ella misma lo ha afirmado en su sentencia núm. 13 de 23 de mayo de 1960. El nacimiento y vida del vecino país estuvo presidido hasta el fascismo por el Estatuto concedido por el rey Carlos Alberto el 4 de marzo de 1848. Pese a su carácter de «ley fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía», el Estatuto era una Constitución flexible. Por ello difícilmente se podía plantear el problema del control de la constitucionalidad de las leyes. La ley —omnipotente— no debía encontrar otros límites que los del respeto de las normas de procedimiento legislativo dictadas para formarla. Los problemas de lo que hoy conocemos como justicia constitucional quedaron reducidos —salvo aisladas voces— a poco más que el *impeachment* de los ministros, acusados criminalmente por la Cámara de los Diputados y juzgados por el Senado, constituido en Alto Tribunal.

Sin embargo, bajo el fascismo surgió una especial sensibilización doctrinal que debía llevar, lógicamente, a la instauración de una Corte Constitucional en el nuevo ordenamiento. En efecto, superada la concepción crociana del fascismo como *paréntesis histórico*, su correcta calificación como *proceso continuo de fascistización* respetuoso —en la forma— de la legalidad vigente muestra, a mi juicio, la necesidad de la justicia constitucional como muro protector del régimen político frente a los posibles excesos de un Parlamento «pervertido». No es extraño por ello que en sede constituyente se propusiera por Conti que las Fuerzas Armadas estuvieran a disposición de la Corte Constitucional para la eventualidad de que los órganos supremos del Estado incumplieran sus deberes constitucionales¹. Pero, asimismo, la continuidad de un ordenamiento, pese al cambio constitucional de sus principios inspiradores²,

¹ Cfr. P. Barile, *La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, en Giur. cost., 1957, págs. 907 y sigs.; pág. 921 para el testimonio citado. Afirma Barile (págs. 920 y sigs.) que si en Italia alguien intentara un día dar un golpe de Estado, sólo la Corte Constitucional podría oponerse con su autoridad («s'intende, a patto che vi siano forse politiche sufficienti a sorreggere la sua azione»).

² Cfr. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., 1979, págs. 54 y sigs.

debía aconsejar que una Constitución que sucedía a un régimen autoritario contuviese en su seno un eficaz sistema de justicia constitucional: filtro depurador del ordenamiento³.

La doctrina italiana madura en estas ideas antes del advenimiento del nuevo régimen republicano. Su impresionante «iter» lógico, que se verifica con una indudable intención política, ha de ser destacado. En primer lugar, se argumenta y demuestra la existencia de *límites* a la ley ordinaria incluso en régimen de Constitución flexible. Una voz ilustre lo expresó así:

«... cabe afirmar de un modo rotundo y radical la existencia de unas normas preeminentes, con carácter de superlegalidad, hasta en los países de régimen constitucional llamado flexible, porque aunque no se diga y aunque se admita la posibilidad de reformar la Constitución por vía legislativa ordinaria, no se puede reformar por este trámite corriente y habitual de la legislación ordinaria toda la Constitución. Se pueden reformar algunos de sus preceptos, los no esenciales, pero no la base sustantiva de —la— misma: así, por ejemplo, un régimen de carácter democrático y de índole flexible en su Constitución no podrá modificar, por los trámites de la legislación ordinaria, lo principal de su base democrática cambiándola por un sistema absolutista o autocrático. Aunque esto revistiese formas de legislación ordinaria —caso poco verosímil en la historia—, trataríase, en el fondo y en la sustancia, de una revolución o de un *golpe de Estado*».

El testimonio transcrito data del 24 de mayo de 1933, lo que acrecienta su interés. En efecto, la magistral obra de Carlos Esposito *La validità delle leggi*, a la que la doctrina italiana actual reconoce el mérito de haber demostrado la tesis expuesta, es de 1934. Pero sin duda lo más interesante y sorprendente consiste en que las palabras recogidas sean de un español —Recaséns Siches— en los debates a la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra Segunda República⁴.

³ V. Crisafulli afirmó en 1958 que la Corte Constitucional podía ser conservadora, pero conservadora de la Constitución, lo cual en Italia querría decir —y por mucho tiempo— progresista, ya que la legislación ordinaria seguía siendo la del fascismo. Cfr. *La Corte Costituzionale tra magistratura e Parlamento*, en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, vol. IV, 1958, págs. 280 y sigs. Sirva su opinión, «a contrario», para apoyar la que se sustenta.

⁴ *Diario de Sesiones*, núm. 343 (debates al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales), 24 de mayo de 1933, pág. 13045. El problema ya había sido abordado en 1902 y 1910 por Santi Romano y Scialoja, pero es en la década de los treinta cuando alcanza su máximo interés práctico en Italia. La obra de Carlo Esposito, cit. en el texto, *La validità delle leggi, Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padua 1934 (hay reed. de Giuffrè, Milán, 1964), es la que reafirma la tesis que, sin embargo, ya anticipa Recaséns. En Italia se alzaron autorizadas voces contra Esposito durante el fascismo. Hoy, la mejor doctrina acepta sus tesis (Crisafulli, Lavagna, Mortati). La más reciente experiencia inglesa (cfr. J. Mackintosh, *The Government and Politics of Britain*, 4.ª ed., Londres, 1977, págs. 111, 205 y sig.) la confirma con los referendo sobre la CEE y la *devolution of powers* a Escocia y Gales. En efecto, en el Libro Blanco *Our changing democracy: devolution to Scotland and Wales*, de noviembre de 1975, «presented to Parliament by the Lord President of the Council, Secretary of State

Demostrada la existencia de límites a la ley ordinaria en régimen de Constitución flexible, el siguiente paso lógico lleva a postular el control de la constitucionalidad de la ley, llamando a los jueces, autoridades administrativas y súbditos a desaplicarla cuando esté viciada de nulidad. A tal conclusión llega Esposito⁵ y, con análogos razonamientos, A. Jorge Alvarado⁶.

for Scotland and Secretary of State for Wales by command of her Majesty», Londres, s. d., Cmnd. 6.348, se afirma: «The issues are extremely important for all the people of the United Kingdom; the arrangements proposed are novel; and in constitutional matters, where frequent change would be harmful, there is a need for the widest possible basis of agreement on the essential features before legislation is enacted» (pág. 2, parág. 5). Hay dos aspectos del discurso de Recaséns que, para terminar, ilustran sobre el problema a que nos referimos, y confirman sus palabras. Respecto a la poca verosimilitud histórica del cambio por ley ordinaria de las bases democráticas de una Constitución, hay que recordar, simplemente, el «proceso legislativo del fascismo». El positivismo italiano frena, o retrasa, la fascistización del régimen. Así se explica que Mussolini se preocupe de argumentar sobre la libre modificabilidad del Estatuto albertino, en su discurso parlamentario de defensa de lo que luego sería la Ley de 24 de diciembre de 1925. Acudiendo, en juicio de autoridad, nada menos que al mismísimo Cavour, quien habría afirmado, tras la promulgación del Estatuto, que éste era revisable, modificable y perfeccionable, Mussolini se apoya en tal afirmación, al tiempo que desvela ya claramente sus intenciones, al calificar el Estatuto de Carlos Alberto como «costume che andava bene per il piccolo Piemonte del 1848». Es a partir de entonces cuando, con intención *política*, se profundiza sobre la existencia de límites a la omnipotencia de la ley. Defendió, *in extremis*, una tesis idéntica a la de nuestro Recaséns el senador socialista Ettore Ciccotti, el 12 de mayo de 1928, en su oposición testimonial a la Ley sobre el Gran Consejo del Fascio: el Estatuto era modificable, sí, pero ninguna modificación podía erradicar aquel «valore intrinseco che si immedesima e si confonde coi principi stessi della civiltà» (cfr. Salvatorelli y Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Turín, 1956, págs. 344 y sigs., 412 y sigs.). Resulta por ello que la poco verosímil hipótesis se había producido. ¿Cuáles serían sus consecuencias? Recaséns no duda en calificarla de «golpe de Estado», y así lo hace, con posterioridad, el artículo 3.º del D. leg. lgt. de 27 de julio de 1944, sobre sanciones contra el fascismo.

⁵ Con las propias leyes del fascismo aparece un esbozo de control de constitucionalidad (por supuesto, no en sentido estricto). La Ley de 9 de diciembre de 1928, núm. 2.693, sobre el Gran Consejo del Fascio estableció la necesidad de dictamen previo de dicho órgano para todas las cuestiones de *carácter constitucional*, especificando que debían ser consideradas siempre de carácter constitucional los proyectos de ley que se refiriesen a determinadas materias, que clasificaba en siete categorías (art. 12) [cfr. art. 23 b) *in fine*, de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967]. La presentación parlamentaria de la Ley de 1928 preveía expresamente que los jueces quedaban autorizados para desaplicar las leyes emanadas sin la formalidad del dictamen previo. La Ley de 7 de enero de 1929, núm. 4, atribuyó un control para materias financieras a la Corte de Casación. Aparte de estas cuestiones, para las que se reenvía a G. G. Stendardi (*La Corte Costituzionale*, 2.ª ed., Milán, 1957, págs. 7 y sigs.), se generó una polémica doctrinal sobre si la Constitución italiana había devenido rígida, mutando su naturaleza, por la exigencia del dictamen. Fue ésa la tesis de Esposito (*op. cit.*, págs. 192 y sigs.). Se ligan, por tanto, en la obra del mencionado autor las cuestiones de los límites a la ley ordinaria en régimen de Constitución flexible; la propia rigidificación de la Constitución y la defensa de un control «difuso» de la constitucionalidad de las leyes, que se postula para los jueces (pág. 27) e incluso para los funcionarios y súbditos (págs. 8 y sigs.) con interesantes argumentos.

⁶ A. Jorge Alvarado, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920. Se trata de cimentar con solidez la distinción entre leyes ordinarias y constitucionales en la tradición de nuestro ordenamiento. Alvarado, recurriendo a la obra de Bluntschli, *Derecho público universal*, II, trad. de E. Danero, Madrid, 1881, pág. 128, distingue entre leyes reguladoras de las instituciones fundamentales del Estado y de los derechos individuales y *leyes orgánicas*, «que completan y perfeccionan el sentido de la ley fundamental» (pág. 24). Afirma que Santamaría de Paredes indicaba «que las Constituciones deben contener sólo

La primera causa motriz de un Tribunal Constitucional, sobre la que no ha insistido en demasía la doctrina italiana, queda así desvelada. A ella se unen, es cierto, la necesidad de un juez de conflictos «*super partes*» en un ordenamiento descentralizado y todo el precipitado de competencias que, como el juicio de «*impeachment*», se residencian en el nuevo órgano por su especial naturaleza jurídica⁷; sin embargo, el motivo esencial de su introducción, sobre la que ilumina la polémica celeberrima entre dos grandes maestros del pensamiento: Kelsen y Schmitt, es la necesidad, no sólo *formal*, de defensa de la Constitución.

La Corte Constitucional italiana ha surgido, en conclusión, como «altísimo órgano de garantía del ordenamiento republicano, al que corresponde de forma exclusiva, y con efectos definitivos, hacer valer el imperio de la Constitución frente a todos los agentes constitucionales» (sentencia núm. 15 de 1969). La Constitución de 1948 la ha previsto en el título VI de su parte II, intitulado precisamente *garanzie costituzionali*. En él se contiene, junto a la Corte Constitucional (sección I), el procedimiento de revisión de la Constitución y el de aprobación y modificación de las leyes constitucionales (sección II). La doctrina ha subrayado la lógica que encierra la estructura del título VI. En efecto, la rigidez constitucional comporta una primera garantía. Constituye un freno al principio democrático mayoritario en cuanto la Constitución, aun siendo fruto de una voluntad democrática, encierra en sí una *voluntad política pasada* que sujeta con su rigidez la voluntad política futura⁸. Pero sólo la Corte hace efectiva la garantía contenida en la rigidez de la Constitución. Sin la Corte la situación es parecida a la que, como hemos visto, se plantea en régimen de Constitución flexible. Así lo ha subrayado la doctrina francesa, que, no sin rigor, ha calificado la Constitución como mera *doyenne d'âge des lois*, ley entre leyes,

preceptos *fundamentales* cuyo desarrollo en las leyes orgánicas corresponde a las asambleas legislativas» (cursivas en el original) (pág. 25). La similitud entre precepto *constitucional* u *orgánico* habría sido afirmada también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1897 (cit. en pág. 96). Junto a éstas se encontrarían las leyes ordinarias, es decir, las no fundamentales u orgánicas. Existe por ello en la obra de Alvarado una confirmación de la tesis formulada por Mariano de Azcoiti en *Il Consiglio di Stato nel Diritto pubblico spagnolo*, en *Annali di Scienze Politiche*, 2, 1929, quien predicaba, refiriéndose a la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que el calificativo de orgánica, en nuestra tradición jurídica, se reservaba para las leyes que desarrollan la Constitución. Para Alvarado, la distinción entre leyes básicas o fundamentales y leyes ordinarias no depende del hecho de ser rígidas o flexibles las Constituciones: «Poco importa la rigidez o flexibilidad de las Constituciones; lo esencial son los preceptos de éstas, que en todo caso tienen un carácter fundamental, distinto de las leyes ordinarias; la rigidez o flexibilidad es concepto que nace del hecho de la reforma constitucional» (pág. 29, *in nota*) (cfr., en análogo sentido, Espósito, *op. cit.*, págs. 59 y sigs.). Valgan las anteriores afirmaciones para recalcar que, si bien la paternidad de las leyes orgánicas de la Constitución de 1978 es, indudablemente, francesa, resta por indagar si la maternidad del concepto es francesa o española. Por lo que aquí nos interesa, Alvarado, sentada la distinción reseñada, aboga por el control judicial de la inconstitucionalidad de la ley, incluso bajo el régimen de la Constitución de 1876 (págs. 41 y sigs., y 114 y sigs.).

⁷ Cfr. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, 9.ª ed., Padua, 1976, págs. 1367 y siguientes.

⁸ Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Costantino Mortati)*, vol. IV, Milán, 1977, págs. 131 y siguientes. Cfr., *supra*, nota 3.

si falta un sistema eficaz de garantizar su superioridad formal⁹. Por ello la Corte Constitucional es la *garantía de la garantía de la Constitución*¹⁰.

La similitud del título VI de la Constitución italiana con el título IX de nuestra Constitución de 1931 nos lleva a aceptar la construcción reseñada para nuestro Derecho, pudiéndose afirmar que, pese a su separación en la Constitución de 1978, tanto el Tribunal Constitucional (título IX) como la reforma constitucional (título X) se subsumen institucionalmente entre las garantías de la Constitución (*Garantien der Verfassung*)¹¹.

III. TRASCENDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE DERECHO

La impronta de la justicia constitucional en el moderno Estado de Derecho ha sido objeto de incisivos análisis. En ellos se aprecia otra vez la identidad de experiencias, de forma semejante a como en el arte de la fuga (alemán), tanto el tema inicial (español) como el contrapunto que con él se encadena (italiano) se funden en una figura armónica unitaria.

Se ha destacado que la justicia constitucional es un logro específico del moderno Estado de Derecho. Ossorio y Gallardo, en 1933, advertía que cualesquiera que fuesen los precedentes que se hallasen —o tratasen de hallar— en las llamadas monarquías absolutas, «frente al poder absoluto del rey no cabían más que dos posiciones, según el temperamento de cada uno: o el tiranicidio o, recordando la frase del profeta Samuel, el recurso del sufrimiento»¹². Con similar intención, el juez La Pergola, en 1978, afirma la incompatibilidad de la justicia constitucional con los regímenes autoritarios. A veces pueden aparecer réplicas de un Tribunal Constitucional en tales sistemas, pero son joyas falsas. Se trata de galas con las que se adorna, impúdica, la dictadura cuando se quiere mostrar con la imagen respetable de la democracia representativa¹³.

Pero, dentro del Estado de Derecho, un Tribunal Constitucional comporta una innovación audaz que limita los tradicionales poderes del Parlamento. En los debates de nuestra Constitución de 1931 se produjeron dudas altamente significativas. En efecto, el artículo 100 del Anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora preveía un Tribunal de Justicia Constitucional, «como entonces se denominaba, perfilándolo a la manera austríaca»¹⁴. La Comisión Parlamentaria de Constitución, que presidió Luis Jiménez de Asúa, intentó en vano reducir la intervención del que desde ahora se llamará Tribunal de Garantías Constitucionales a una mera *denuncia* de la inconstitucionalidad de la ley al presidente de la República. La ley habría de ser devuelta al Parlamento

⁹ F. Batailler, *Le Conseil d'État, Juge constitutionnel*, París, 1966, pág. 164.

¹⁰ Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, 4.ª ed., Padua, 1978, pág. 202.

¹¹ Así, el *Sechstes Hauptstück* de la Constitución austríaca: *Garantien der Verfassung und Verwaltung*.

¹² *Diario de Sesiones*, cit. (26 de mayo de 1933), núm. 345, pág. 13114.

¹³ *Relazione* del prof. La Pergola, en *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bolonia, 26-27 de mayo de 1978, pág. 4 (de la separata).

¹⁴ A. Ossorio y Gallardo, en *loc. ult. cit.*

para que la revisara. Revisada, el presidente de la República podría confirmar el acuerdo de la Cámara o someter la ley a referéndum (art. 118).

Luis Jiménez de Asúa destacó en su discurso de exposición del Anteproyecto que el artículo 118 «conserva la soberanía del Parlamento» y que, si el presidente y la Cámara eran los dos de elección del pueblo, «sólo el pueblo puede ser juez de sus conflictos»¹⁵. Angel Ossorio y Gallardo fue más explícito al confesar en 1933 los motivos de la restricción frustrada de competencias que intentó la Comisión Parlamentaria de Constitución:

«... en aquel momento, en que se vivía en una embriaguez liberal, se pensó que el Parlamento, la más directa expresión de la democracia, no debía ser sojuzgado por poder alguno, por tribunal alguno. Y de aquí que, contra mi opinión personal, mis compañeros de Comisión, incluso mis propios compañeros de partido, compusieran aquel artículo... en el cual el Parlamento y en último extremo el pueblo por la democracia directa del referéndum era el único que podía enmendar la ley supuestamente inconstitucional»¹⁶.

En la Asamblea Constituyente italiana no faltaron preocupaciones análogas, desde Vittorio Emanuele Orlando, que discurrió sobre los riesgos de una super-soberanía de la Corte Constitucional, hasta Francesco Severio Nitti, quien simplemente diría: La Corte es una «*cosa oscena*».

La doctrina italiana contemporánea ha llevado hasta sus últimas consecuencias lo que ya latía en el pasado, ilustrándonos sobre la trascendencia de la Corte Constitucional en la dinámica de poderes del sistema constitucional que la acoge. La Corte representa —ha dicho el juez Crisafulli— el fin del dogma decimonónico de la *omnipotente de la loi*; ha frenado la soberanía del Parlamento, que no es otra cosa que la soberanía de la mayoría parlamentaria, aunque ésta se esconda tras la fórmula mágica «*volonté du peuple*». Italia ha huido de la *democracia absoluta* y ha construido una *democracia liberal*¹⁷.

El juez Antonio La Pergola ha profundizado recientemente en estas ideas. Sugiere que la justicia constitucional hunde sus raíces más profundas en la Gran Bretaña. La savia que la anima no es otra que el principio del equilibrio, la estabilidad y la racionalidad que vivifican las instituciones inglesas. La clave histórica para comprender el fenómeno se encontraría en una certera expresión de Boris Mirkine-Guetzevich: *la racionalización del poder*. En efecto, parafraseando lo que dijera Unamuno sobre la guitarra española al ser trasplantada a América, podríamos decir que, para La Pergola, la Constitución norteamericana es la versión cimarrona de la democracia florecida espontáneamente en la Gran Bretaña. De ahí la Constitución rígida y también el *judicial review*, versión montaraz, que sólo se entiende cuando se contempla la imagen prestigiosa de la judicatura británica, llamada no sólo a aplicar el Derecho, sino

¹⁵ Discurso de L. Jiménez de Asúa. Transcrito en Sevilla Andrés, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, vol. II, Madrid, 1969, pág. 212.

¹⁶ A. Ossorio y Gallardo, en *loc. ult. cit.*

¹⁷ Crisafulli, *Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie*, en «Rev. Droit Pub. et de la Sc. Pol.», I, 1968, pág. 86.

también a crearlo. En suma, el constituyente americano no ha sido sino un atinado *racionalizador* de la democracia británica.

Igual papel corresponde a Hans Kelsen. La doctrina se ha empeñado en mostrárnoslo como defensor de un sistema opuesto al *judicial review* estadounidense; para La Pergola, por el contrario, lo que Kelsen ha querido es *racionalizar* el modelo norteamericano. Su talento se manifiesta en la composición que propone para el órgano concentrado del control de constitucionalidad, que en el fondo, dada la situación burocrática de la Magistratura en los países continentales, parece buscar la *auctoritas* de los jueces del *common-law*.

El éxito del modelo kelseniano implica el ocaso de lo que La Pergola denomina *democracia radical*, inclinada a la prepotencia de un órgano, sea el Parlamento o el Gobierno. Ha nacido una nueva democracia, la *democracia constitucional* que anhela el equilibrio anglosajón a través de un *pluralismo institucional*. Rasgo esencial de esa democracia es la Corte Constitucional: última consecuencia del proceso de racionalización histórica de la democracia británica. En efecto, la democracia no sólo se ha *racionalizado*, sino también *jurisdiccionalizado*, otorgando un papel primordial a la función moderadora y arbitral del juez. El *Estado jurisdiccional*, en la genial expresión de Schmitt¹⁸, ha triunfado sobre el *Estado legislativo*¹⁹.

La propia Corte Constitucional italiana, en su calendada sentencia núm. 15 de 1969 (17 de febrero), se ha sentido llamada a exponer sus funciones y a reivindicar su importancia, recurriendo a un único hilo conductor: la nueva dimensión del *principio de legalidad* en el ordenamiento republicano. La tesis, que recoge una anterior de quien luego sería juez Crisafulli²⁰, afirma que todas las funciones de la Corte se reducen a un principio fundamental unitario: «*garantire e rendere operante il principio di legalità, che il nuovo ordinamento dello Stato ha esteso a livello costituzionale, sottoponendo al rispetto delle norme costituzionali anche gli atti dei supremi organi politici statali*».

Dejemos la palabra a Recaséns Siches para que nos explique la anterior afirmación:

... «El moderno Estado de Derecho, mejor dicho, la aspiración política a hacer de la vida estatal un Estado de Derecho, a excluir la posibilidad del arbitrio y someter todos los órganos de poder del Estado a normas predeterminadas con carácter general fijo y estable, se ha conseguido en la mayor parte de los pueblos en lo que se refiere a las varias instancias de la ejecución. Es decir, lo mismo los jueces que los órganos de la Administración están sometidos a una regularidad legal, o sea, a un principio de legalidad, y sus actos valen sólo en la medida en que se ajusten a las leyes u obran en virtud de una competencia delegada por

¹⁸ Cfr. Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, trad. de J. Díaz García, Madrid, 1971, páginas 3 y sigs., pero también, *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, págs. 92 y sigs.

¹⁹ La Pergola, en *La Costituzione spagnola*, cit., *passim*, y en *Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il «New Deal»*, en *Aspetti e tendenze (Scritti Mortati)*, cit., vol. I, págs. 661 y sigs.

²⁰ Crisafulli, *Le système...*, cit., págs. 84 y sigs.

parte de las mismas. Pero llegamos a una de las zonas superiores del sistema, a la legislación, a las leyes ordinarias, y en muchos Estados, en muchas circunstancias históricas, no se había caído en la cuenta de que era acaso conveniente y necesario el someter también a ese principio de legalidad, de regularidad, la instancia de la legislación ordinaria.»²¹

Vezió Crisafulli ha desarrollado posteriormente, en clave de principio de legalidad, las cuatro funciones fundamentales que ejerce la Corte Constitucional italiana. Es conveniente exponerlas, para concluir, concretando la función del Alto Tribunal en el vecino país.

La Corte juzga, en primer lugar, sobre la constitucionalidad de las leyes y de los actos «con fuerza de ley» del Estado y de las regiones (art. 134.1 de la Constitución). Tal atribución significa extender el principio de legalidad a los órganos legislativos en el ejercicio de su función y por ello a la propia ley formal. El principio de legalidad no queda circunscrito —nos dice Crisafulli— a los actos administrativos y jurisdiccionales, como ocurre a falta de un órgano que *elimine* del sistema la *ley patológica*.

Además, la Corte asume los conflictos de atribuciones entre los «poderes del Estado» (art. 134.2 de la Const.). El principio de legalidad impregna así un sector del área exquisitamente política del reparto de poder, que deviene controlable y *justiciable*. Análogo sentido tiene el llamado juicio sobre los conflictos entre el Estado y las regiones, o bien entre las propias regiones (art. 134.2 de la Const.), que atribuye a un órgano imparcial la custodia de las competencias constitucionales tanto frente al Estado como frente a las regiones.

Menor relevancia para nuestro ordenamiento tienen las otras dos funciones de la Corte. Por la *sancionadora* (en terminología de Pierandrei)²² se juzga sobre la acusación criminal contra el presidente de la República y los ministros (art. 134.3 de la Const.)²³. Por último, el artículo 2 de la Ley constitucional

²¹ Recaséns Siches, en *Diario de Sesiones*, cit. (24 de mayo de 1933), núm. 343, páginas 13047 y sigs.

²² Pierandrei, voz *Corte Costituzionale*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, págs. 875, 1013 y sigs.

²³ En los denominados *giudizi di accusa*, la Corte actúa con una composición diferente, puesto que, junto a los jueces ordinarios, intervienen dieciséis miembros elegidos por sorteo de una lista de ciudadanos, que reúnan los requisitos de elegibilidad requeridos para los senadores, elaborada cada nueve años por el Parlamento mediante elección verificada con las mismas modalidades que las establecidas para los jueces ordinarios (*giudici aggregati*). El procedimiento se desenvuelve en una primera fase parlamentaria, que concluye, en su caso, con la acusación (*messaggio in stato d'accusa*) decidida por ambas Cámaras en sesión conjunta, por mayoría absoluta, y mediante votación secreta. El Parlamento elige de entre sus miembros uno o varios comisarios para sostener la acusación ante la Corte. La segunda fase se desarrolla ante la Corte Constitucional, que es quien procede al sorteo de los jueces agregados, y concluye en una decisión con nombre y forma de sentencia. La *sentenza di condanna* (art. 15 de la Ley Constitucional núm. 1 de 1953) establece, con amplísima discrecionalidad, las sanciones penales, constitucionales, administrativas y civiles «adecuadas al hecho». La única experiencia de *giudizio di accusa* en el ordenamiento de la República lo constituye el proceso *Lockheed*, aún en curso, contra dos ex ministros (Luigi Gui y Mario Tanassi). Ha motivado múltiples problemas e interesantes cuestiones. A pesar de no estar incluidos entre las personas (presidente de la República, del Consejo de Ministros o ministros) establecidas en la Constitución como sometibles al juicio ante la Corte, determinadas personas («laicos») acusadas como corruptores han sido sometidas a la jurisdicción

número 1 de 11 de marzo de 1953 ha atribuido a la Corte la competencia para juzgar si las propuestas de referéndum abrogatorio se refieren a leyes para las que dicho referéndum sea admisible a tenor del artículo 75.2 de la Constitución²⁴. También estas competencias, concluye Crisafulli, responden a la misma idea directriz de refuerzo y dilatación del principio de legalidad²⁵.

La interpretación global reseñada no deja de tener una significación, además de institucional, política. Las construcciones abstractas han de ser contrastadas con la realidad histórica de la que se evaporan; no pueden ser inducidas sólo de la materia prima jurídica, sino también de su experimentación práctica. El Derecho, como advirtió el maestro Ihering, se nos presenta en la dimensión histórica del combate y la lucha: de la construcción laboriosa. La sentencia número 15 de 1969 está fechada en el momento histórico en el que la Corte italiana, superados sus enfrentamientos con el Gobierno, el Parlamento y la Magistratura, se afianza como órgano constitucional. El camino recorrido, que ahora se presenta al Tribunal Constitucional español, fue lento y fatigoso. Vamos a tratar de poner de relieve alguno de sus hitos fundamentales en los

criminal constitucional de la misma (*Competencia por conexión*: Sentencia núm. 25/1977). La Ley de 10 de mayo de 1978, núm. 170, ha modificado la fase parlamentaria del procedimiento reduciendo los poderes inquisitoriales de la antigua *Commissione inquirente*. Se ha producido asimismo una *prorogatio* «sui generis» de los jueces Vezio Crisafulli y Nicola Reale. En efecto, expirado su mandato, y aun habiendo sido ya sucedidos por el profesor Livio Paladin y el doctor Arnaldo Maccarone, han sido prorrogados hasta que concluya el proceso *Lockheed* sólo como jueces penales para tal proceso. El problema de la *giustizia politica* plantea, en suma, múltiples dudas e inquietudes que, sin duda, enriquecerán la bibliografía italiana y tal vez el propio ordenamiento del vecino país. Cfr. S. Riccio, *Il processo penale avanti la Corte Costituzionale*, Nápoles, 1955.

²⁴ El artículo 75.2 de la Constitución italiana establece: «No se admite referéndum para las leyes tributarias y de presupuesto, de amnistía y de indulto y de autorización para ratificar tratados internacionales.» Quizá haya sido la complejidad de determinar qué se entiende por ley tributaria la que haya determinado que la Ley Constitucional de 1953 haya atribuido el *giudizio sull'ammissibilità del referendum* a la Corte. Hasta la Ley de 25 de mayo de 1970, núm. 352, el Parlamento no ha procedido a dictar las normas de desarrollo del artículo 75 de la Constitución (Ley sobre las Modalidades de Referéndum y la Iniciativa Popular). En virtud del artículo 33 de tal Ley, la Corte «decide con sentencia, que se debe publicar antes del 10 de febrero —de cada año sucesivo a la presentación de propuestas de referéndum derogatorio—, qué propuestas se admiten y cuáles se rechazan por ser contrarias al artículo 75.2 de la Constitución» (por ejemplo, Sentencias 10/1972 y 251/1975, que declararon admisibles los referendos sobre el divorcio y las normas penales referentes al aborto). La Corte, por la sentencia núm. 16/1978, ha ampliado, según una interpretación extensiva y sistemática, los supuestos que deben considerarse excluidos de referéndum. Además de los indicados, son éstos: los referentes a normas derogadas o declaradas inconstitucionales; los que versen sobre leyes constitucionales o leyes ordinarias no susceptibles de derogación por otra ley ordinaria; los que versen sobre materias heterogéneas, etc. En cambio, por la Sentencia núm. 68/1978 ha salido al paso del posible *bloqueo* por parte del Parlamento de la propuesta de referéndum, verificada por el procedimiento de introducir pequeñas modificaciones no esenciales en la ley que se pretende atacar por el referéndum, con lo que, al amparo del artículo 39 de la Ley de 25 de mayo de 1970, se debía entender tal ley como derogada, concluyéndose el procedimiento para la celebración de la consulta popular. La Corte ha declarado el artículo 39 de la Ley citada como inconstitucional, en la parte en que no ha previsto que, si las modificaciones introducidas a la ley que se pretende eliminar por la consulta no son esenciales, el referéndum se debe celebrar y versar, además, sobre las nuevas disposiciones introducidas.

²⁵ Crisafulli, *Lezioni*, cit., vol. II, págs. 203 y sig. Crisafulli fue ponente de la Sentencia número 15/1969, lo que convierte en auténtica su interpretación.

dos apartados que siguen, en los que se expondrá sobre todo la dimensión estática del Alto Tribunal italiano y, mucho más brevemente, los aspectos competenciales ya tratados por nuestra doctrina. Baste decir para concluir que quizá nuestro Tribunal Constitucional consiga, en su proceso de progresiva autoafirmación constitucional, la consagración efectiva del principio de *primacía de la Constitución* que se proclama en el artículo 27.1 de su Ley Orgánica. Si así es, se habrá conquistado un logro superior al de la mera *dilatación del principio de legalidad* que se contempla en la calendada sentencia italiana.

IV. LA POSICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA ENTRE LOS ORGANOS DEL ESTADO

Carlos Esposito ha efectuado una de las construcciones más lúcidas del Derecho constitucional de la posguerra: la del jefe del Estado. En ella afirma que son tres las posibles formas de supremacía de un hombre o de una institución en la comunidad estatal: la supremacía en posición, la supremacía como guía y la supremacía como mando²⁶. Aldo M. Sandulli, juez de la Corte desde 1957 hasta 1969 y presidente decisivo en la historia de la misma, partía en 1960 del esquema de Esposito para reivindicar *la posición* de la Corte entre los órganos supremos del Estado²⁷. Sandulli, tras calificar la Corte como *órgano constitucional*, extraía las consecuencias institucionales de tal calificación en la regulación positiva y en las funciones del Alto Tribunal.

La justificación de tal construcción es clara. Por parafrasear el conocido pensamiento de Goethe, se puede afirmar que la sola presencia de una Corte Constitucional debía ser para los demás órganos constitucionales un mudo reproche.

La primera dificultad se encuentra en el nacimiento mismo de la institución, que, en forma verdaderamente escandalosa, se retrasa ocho años²⁸. Serio

²⁶ Esposito, voz *Capo dello Stato*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, pág. 227.

²⁷ En un artículo cuyo título inspira el presente epígrafe: *Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, en «Riv. trim. Dir. pubblico», 1960, págs. 705 y sigs., afirmaba el autor, remitiéndose a Esposito, que para proceder a colocar un órgano en el cuadro de los demás órganos del Estado era necesario tener presente tanto su autoridad (que resulta de la naturaleza de sus funciones, del nivel en el que se ejercitan y de la eficacia de los actos en que se manifiestan) como de la *posición* que le reserva el ordenamiento, es decir, el régimen y tratamiento que le son otorgados al órgano mismo y a quienes lo representan por parte de los demás órganos. De todo ello se deduce, como se desarrolla en el texto, la posición de supremacía e independencia de los órganos constitucionales (pág. 709 y *passim*).

²⁸ Cfr. Massera, *Materiali per uno studio della Corte Costituzionale*, en «Riv. trim. Dir. Pub.», 1972, págs. 834 y sigs. El proyecto de ley ordinaria, que luego se convertía en la Ley 87/1953, de 11 de marzo, «sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale» (a no confundir con la Ley Constitucional núm. 1 de idéntica fecha, con «norme integrative della Costituzione concernenti la Corte Costituzionale»), había sido remitida al 14 de julio de 1948. Massera recoge el testimonio de Calamandrei, quien denunció cómo el Gobierno enviaba a las Cámaras las leyes de desarrollo constitucional, o de reforma del ordenamiento fascista, para luego dar instrucciones a su fiel mayoría para que las hiciese naufragar: *ostruzionismo della maggioranza*. Será necesario llegar al *storico incontro* entre democristianos y socialistas para que se apruebe la ley institutiva de la Corte. Esta celebró

Galeotti y Bruno Rossi nos previnieron del peligro²⁹, felizmente superado ya por la experiencia española.

Una vez instituida la Corte, se abre el «*iudicium finium regundorum*» de su ubicación y de sus relaciones con los demás poderes del Estado. De igual forma a como en el constitucionalismo británico los *privileges of Parliament* se afirman frente a las *prerogatives of the Crown*, la nueva institución va a delimitar su terreno frente a la constelación de órganos constitucionales tradicionales. Una primera consecuencia, feliz para la dogmática constitucional, consiste en haber profundizado en la construcción de la teoría de los órganos constitucionales.

No existía en el ordenamiento italiano una norma precisa como el artículo 1.1 de la ley orgánica de nuestro Tribunal Constitucional, que afirma:

«1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica.

2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.»

Por ello, la doctrina italiana hubo de reivindicar, no sin oposición, la naturaleza de *órgano constitucional* para la Corte³⁰, y de ahí deducir su *posición* especial en el ordenamiento como órgano *independiente* y *paritario* con relación a los demás, *superiorem non recognoscens*, con exclusión, por supuesto, de los honores y dignidad del jefe del Estado, vértice necesario *en posición*, de la pirámide de órganos supremos del Estado.

Además, una norma similar al artículo 1.2 de la Ley Orgánica española 2/1979 hubiera sido clarificadora en la experiencia italiana. En cuanto reproduce el artículo 161.1 de la Constitución, habría acelerado la declaración de inconstitucionalidad de la Alta Corte per la Regione siciliana, que sólo se produce con la sentencia núm. 6 de 1970³¹. Pero, en cuanto aclara que el

su primera *udienza pubblica* el 23 de abril de 1956. Tres jueces habían fallecido antes de poder jurar su cargo.

²⁹ Galeotti y B. Rossi, *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 7, 1979, pág. 143.

³⁰ Ante la inexistencia de un artículo como el 1.1 de la B, véase G. G. alemana, cuyo paralelismo con la ley española es evidente: «Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes», no era fácil llegar a las conclusiones de la doctrina alemana, magistralmente expuestas por Leibholz en 1963, sobre el *status* de la Corte. Sandulli se apoya, para calificar la Corte como órgano constitucional, en el artículo 289 del Código penal italiano, que incluía a la Corte en su protección contra los atentados a los órganos constitucionales y las asambleas regionales (*op. cit.*, pág. 719).

³¹ El peligro de separatismo en Sicilia conduce a la concesión precipitada en un Estatuto de autonomía por Decreto legislativo, núm. 455, de 15 de mayo de 1946, luego convertido sin modificaciones en ley constitucional por la Asamblea Constituyente (Ley 2 de 26 de febrero de 1948). Por todo ello, la coordinación del Estatuto con el *ambiguo e lacunoso* título V de la Constitución era más que precaria (sólo se dispuso de un día para la aprobación de la Ley Constitucional 2 de 1948). Así se pudo instituir la *Alta Corte per la Regione siciliana*, compuesta por seis jueces designados por el Parlamento y otros seis elegidos por la Asamblea Regional siciliana. Tanto el Parlamento como la Asamblea elegían, además,

Tribunal es único en su orden, hubiera evitado cualquier duda en considerar que la Corte Constitucional, aunque ejercite una función jurisdiccional, pueda englobarse en el orden jurisdiccional de los jueces ordinarios y especiales³².

La naturaleza de *órgano constitucional* atribuida a la Corte y su consiguiente *posición* de independencia y paridad llevaron a Sandulli a una serie de consecuencias institucionales importantes que es preciso recordar.

dos suplentes. La Alta Corte juzgaba sobre la constitucionalidad de las leyes de la región siciliana; sobre la constitucionalidad de las leyes y de los Reglamentos estatales respecto del Estatuto, con el fin de la eficacia territorial de los mismos en la región, y mediante una función *sancionadora* de los delitos del presidente y de los asesores regionales, la Alta Corte pudo funcionar hasta 1955, aun después de entrada en vigor la Constitución, gracias a la tardanza en instituir la Corte Constitucional central y a la Disposición transitoria VII,2 de la Constitución. Era obvio que al empezar a actuar la Corte italiana se debía producir un conflicto entre ambas, dada la coincidencia de competencias. Mediante un procedimiento *alquanto tortuoso ed indiretto*, como lo califica Crisafulli, se logró poner fin a la vida del tribunal siciliano. El sistema consistió en nombrar a tres jueces de la Alta Corte siciliana jueces de la Corte Constitucional. En un principio se declararon compatibles los dos mandatos constitucionales —a la espera de una ley que regulase la situación y que, por supuesto, nunca llegó—, pero, al final, los tres jueces acabaron por dimitir de la Alta Corte siciliana, dejando a ésta en la imposibilidad de funcionar por falta de jueces. Mientras tanto, la Corte Constitucional se declaraba competente, por la Sentencia número 38/1957 para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes regionales sicilianas impugnadas por el Estado, aunque declarando aplicables las particularidades procesales del Estatuto siciliano para tales procesos que ahora juzgaría ella misma. A falta de jueces, y frustrados oportunamente los intentos de renovarlos, o muertos los elegidos, la Alta Corte siguió subsistiendo fantasmagóricamente como juez criminal especial en su función sancionadora. Finalmente, la Sentencia núm. 6/1970 puso fin a la situación declarando inconstitucional la existencia de un fuero especial para los asesores de una sola región, con lo que se les daba, además, una equiparación implícita a los ministros del Gobierno. Estimó, además, que la Alta Corte violaba el artículo 5.º de la Constitución, que proclama la unidad de la República, por no poder coexistir dos órganos de justicia constitucional. Recuérdese que el Estatuto siciliano había sido aprobado por ley constitucional posterior a la Constitución. Sin embargo, fue declarado inconstitucional en la parte referente a la *Alta Corte per la Regione siciliana* (cfr. *omnibus*, Crisafulli, *Lexioni...*, cit., págs. 204 y sigs., y Livio Paladin, *Diritto Regionale*,

³² Las funciones de la Corte —*jurisdiccionales*— pueden coincidir con la de órganos pertenecientes a un «*poder*» distinto (poder judicial). Pero, como es elemental (aunque no para todos), los *poderes* del Estado no tienen por qué corresponderse necesariamente con las *funciones*. Así lo afirma, *omnibus*, Sandulli, *op. cit.*, pág. 711, en nota. Aunque la Corte Constitucional realice una actividad jurisdiccional, no puede encuadrarse, de ninguna forma, dentro del ámbito de los jueces ordinarios o especiales. Es cierto que los actos en los que se sustancia la actividad de la Corte son manifestaciones de soberanía vinculada, que revisen la forma de verdaderas sentencias irrevocables, que producen el efecto de cosa juzgada. La Corte resuelve de forma objetiva e imparcial, en función del ordenamiento general, sobre cuestiones jurídicas no planteadas nunca por sí misma. Pero su actividad se desenvuelve en un nivel muy elevado, cual es el de los poderes supremos del Estado; sus sentencias están dotadas de una eficacia extraordinaria (fuerza de ley) y, en fin, la *sedes materiae* de la Corte (arts. 134 a 137 de la Constitución italiana) es distinta de la del orden jurisdiccional integrado por los jueces ordinarios y especiales (arts. 101 a 113 de la Constitución italiana). Por ello no se pueden aplicar a la Corte las normas procesales dictadas para los jueces ordinarios y especiales, salvo que se pueda reconocer a dichas normas el carácter de Derecho procesal general (Sandulli, *op. cit.*, págs. 711 y sigs.). En el mismo —y correcto— sentido es auténtico proceso —según las enseñanzas del maestro Guasp— la defensa de la Constitución atribuida a nuestro Tribunal Constitucional, jurisdicción especial desgajada de la común organización judicial e incluso de la estructuración tradicional de los poderes del Estado, ha afirmado J. González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, página 42.

Por lo que se refiere a los jueces de la Corte Constitucional, gozan de un *status* que implica, por una parte, un riguroso régimen de incompatibilidades y, por otra, múltiples inmunidades y privilegios. Unos y otros se establecen en garantía de su independencia (art. 137.1 de la Const.), lo que en definitiva, «como es vieja y conocida enseñanza en lo que respecta a órganos constitucionales de estructura colegial», vienen a constituir «garantías del propio órgano, objetivamente considerado en su abstracta impersonalidad y continuidad» (sentencia núm. 15 de 1969).

No vamos a extendernos en demasía en el examen del estatuto de los jueces italianos, similar al que los artículos 16 a 26 de la ley orgánica de nuestro Tribunal establece para los magistrados constitucionales españoles. El criterio inspirador de dicho estatuto es el de las garantías que las normas constitucionales, tanto en sentido formal como material, conceden a los miembros del Parlamento. En Italia el artículo 137.1 de la Constitución reservaba a una ley constitucional la regulación de las garantías de independencia de los jueces a que hemos hecho referencia. Pues bien, el artículo 3 de la Ley Constitucional núm. 1 de 9 de febrero de 1948 establece la garantía —elemental— de que mientras se encuentren en el ejercicio de su mandato gozarán de la inmunidad que se concede a los miembros de las dos Cámaras, no pudiendo ser detenidos ni privados de su libertad personal salvo en caso de flagrante delito, ni procesados o inculcados sin previa autorización de la Corte Constitucional. La garantía, a tenor del completo artículo 68 de la Constitución italiana, se extiende también a cualquier investigación sobre la persona o el domicilio del juez constitucional. En España la Ley Orgánica 2/1979 ha omitido lamentablemente tal previsión. A nuestro juicio, debe entenderse que la independencia que el artículo 159.5 de la Constitución exige impone entender aplicable el artículo 71.2 de la Constitución a los magistrados, incluso por lo que se refiere a la autorización para su inculpación y procesamiento.

Por otra parte, la Ley Constitucional núm. 1, de 11 de marzo de 1953, ha considerado necesario garantizar que la retribución mensual de los jueces de la Corte será determinada por ley ordinaria, con el límite de que no podrá ser inferior a la que perciba el más alto magistrado de la jurisdicción ordinaria (artículo 6.º). El artículo 12 de la Ley núm. 87, de 11 de marzo de 1953, ha desarrollado este precepto, especificando que la retribución será equivalente a la *remuneración total* que perciba el más alto magistrado.

La ley española no ha descendido a tales precisiones, quizá por no considerarlas *materia* de ley orgánica. A pesar de ello se ha preocupado de problemas conexos como la llamada *remuneración de transición* y la jubilación de los magistrados constitucionales (art. 25 L. O. T. C.). Debemos criticar la omisión. Baste con decir que la doctrina italiana no ha dudado en considerar el problema desde la perspectiva genuinamente constitucional de que el sueldo de los magistrados sea utilizado por el Parlamento como un *freno* o *contrapeso* de la actividad del Alto Tribunal, alabando la feliz previsión de que, precisamente mediante una ley formalmente constitucional, se haya garantizado el *límite mínimo* variable del sueldo de los jueces de la Corte³³.

³³ En tal sentido, junto a Sandulli, Martines (cit. por Sandulli), que lo considera *ulteriore strumento di indipendenza* (op. cit., pág. 718, en nota).

El examen que venimos efectuando ha de completarse con la consideración ulterior de la Corte italiana en cuanto órgano. El juez Sandulli ha afirmado que su *posición* constitucional debía ser la de *independencia* e *irresponsabilidad*, quedando sustraída a cualquier control *externo*. Por ello sus normas reguladoras en Italia la dotan de *autonomía*, *autarquía* y *autocrinia* con relación a su sede, organización, presupuestos y personal. Así, en fin, se le atribuye una potestad reglamentaria propia.

La fijación *por ley* de la sede de la Corte Constitucional que opera con gran minuciosidad el artículo 1 de la Ley núm. 265 de 18 de marzo de 1958 tiene la significación especial de sustraer la Corte de cualquier injerencia del Gobierno. La disponibilidad sobre la propia sede es un rasgo característico de los órganos constitucionales. Corresponde a las Cámaras del Parlamento por uso inveterado, pero al propio Parlamento, y sobre todo a órganos constitucionales de nueva factura, puede garantizarse por normas escritas y especialmente por ley. En España, nuestra Ley Orgánica 2/1979 no ha procedido a garantizar la sede del Tribunal —otra omisión a lamentar—, pese a que, por ejemplo, la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980 la haya fijado para un órgano no constitucional *strictu sensu*, sino, a mi juicio, *lateral-constitucional*³⁴.

El problema no tiene sólo, con ser importante, una dimensión honorífica (dignidad de la sede), sino también un profundo significado político de garantía de la independencia y, podríamos decir, «derecho a la intimidad». Así resulta sin duda de la aparición del privilegio como reivindicación del Parlamento. En conexión estrecha se encuentra el denominado *Hausrecht und Polizeigewalt*, que encabeza desde 1958 el Reglamento de la Corte italiana (arts. 1 a 3)³⁵.

³⁴ El artículo 1.º de la Ley núm. 265/1958, de 18 de marzo, establece: «Il palazzo della Consulta in Roma, delimitato da piazza del Quirinale, vicolo del Mazzarino e via della Consulta, compresi gli accessori, le pertinenze e gli arredi, è destinato a sede permanente della Corte Costituzionale.» No es superfluo garantizar el edificio *a se stante* cuando la sede se encuentra en la misma ciudad que los demás órganos constitucionales (cfr., en cambio, el artículo 1.2 de la B. Véase G. G. alemana: «Der Sitz des Bundesverfassungsgerichts ist Karlsruhe.» La independencia que connota el modelo italiano es subrayada por Sandulli (*op. cit.*, pág. 720, en nota). De igual modo, pese a ser órgano lateral constitucional (cfr. Rodríguez-Zapata, *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, 1980, págs. 40 y sigs.), se establece que el Consejo de Estado tiene su sede en el Palacio de los Consejos de Madrid (art. 1.3 LOCE), lo que se conecta a la objetividad e independencia que exige la función consultiva (art. 1.2 LOCE).

³⁵ Artículo 1.º: «La Corte Costituzionale ha la sua sede in Roma, nel Palazzo della Consulta.

Nell'ambito della sede i poteri di polizia sono riservati alla Corte.»

Artículo 2.º: «I poteri di polizia sono esercitati dal Presidente, che si avvale dei commessi della Corte. Egli può concordare con le autorità competenti eventuali servizi di polizia.

La forza pubblica non può concordare con le autorità competenti eventuali servizi di polizia.

La forza pubblica non può entrare nella sede della Corte se non per ordine del Presidente.»

Artículo 3.º: «Qualora nell'interno della sede della Corte vengano commessi fatti che possono costituire reato di oltraggio alla Corte o ad uno dei suoi componenti nell'esercizio o a causa delle sue funzioni, il Presidente può ordinare l'arresto immediato dell'autore di detti fatti e la sua consegna all'autorità competente» (*Reglamento general de la Corte constitucional italiana*).

Por último, la *autonomía administrativa*, por la que la Corte goza de una amplísima potestad de autoorganización, y la *autonomía financiera*, por la que dispone de propio presupuesto (arts. 14 y 22.1 de 11 de marzo de 1953, número 87), plantean las cuestiones de los límites de la autonomía presupuestaria y de lo que, tras Jaeger, se denomina *autocrinia* de la Corte.

La autonomía presupuestaria implica, para Sandulli, que el Parlamento *deba* constitucionalmente aprobar los gastos necesarios para el funcionamiento de la Corte. La aprobación del presupuesto no puede ser un arma o control: es un acto constitucionalmente debido. Aprobado su presupuesto, se desgaja del del Estado y se gestiona directamente por la Corte según las normas de su propio Reglamento contable, sin ser sometido al control del Tribunal de Cuentas³⁶.

La *autocrinia* o *autodiquía* viene establecida en el artículo 14 de la Ley de 11 de marzo de 1953 (redacción de 1958). La Corte ostenta competencia exclusiva para juzgar sobre los recursos que se deduzcan por su personal con el procedimiento que se establece en un Reglamento de 8 de abril de 1960 (Reglamento para los recursos en materia de empleo del personal de la Corte Constitucional). Se trata de una *jurisdicción doméstica* o autónoma que ha suscitado sospechas de inconstitucionalidad, pese a que gocen de ella otros órganos como las Cámaras o incluso el Tribunal de Cuentas³⁷. Se ha defendido el privilegio por razones sustanciales: defensa de la independencia de la Corte³⁸. Parece más convincente la opinión de Crisafulli, que, con mayor cautela, encuentra la justificación de la *autocrinia* en razones formales o de prestigio. Pese a que tales razones no son del todo desdeñables, ya que la absoluta independencia de la Corte *debe ser perceptible anche nelle forme esteriori* (sentencia 15, 1969)³⁹, nos parece más adecuada la solución del artículo 99.3 de la ley orgánica española, que ha excluido la *autocrinia*. Ahora bien, si tal solución no es un menosprecio o *capitis deminutio* de nuestro Tribunal, debe extenderse a todos los órganos constitucionales, como podrá declarar en el futuro nuestro Tribunal en base a su propia ley orgánica, si es que no se le ofrecen otros apoyos normativos para ello. Desvinculado el respeto y el prestigio debidos a un órgano constitucional de las garantías que un ordenamiento avanzado ofrece al administrado, no vemos que se pueda tampoco excluir de recurso contencioso-administrativo al personal de la casa de S. M. el Rey.

A la Corte se ha atribuido, como necesario complemento de su *status*, una potestad reglamentaria propia para regular el ejercicio de sus funciones (artículo 14, citado, de la Ley núm. 87) e incluso —aspecto no claro en el artículo 2.2 de la ley española— para establecer normas complementarias de carácter procesal en la regulación del procedimiento ante la Corte (el art. 22 de la llamada Ley núm. 87 se limita a declarar aplicables, en lo que lo fueren, las normas procesales que regulan el procedimiento ante el *Consiglio di Stato*,

³⁶ Cfr. Sandulli, *op. cit.*, pág. 718, en nota, y, más recientemente, Crisafulli, *Lezioni...*, cit., II, pág. 229.

³⁷ La Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 135/1975 declaró constitucionalmente admisible tal privilegio para la *Corte dei Conti*.

³⁸ Sandulli, *op. cit.*, págs. 720 y sigs., en nota.

³⁹ Crisafulli, *op. cit.*, II, pág. 230.

en sede jurisdiccional). La potestad reglamentaria de la Corte plantea múltiples problemas, estudiados por Panunzio⁴⁰, en los que no vamos a entrar. Baste afirmar que, por encima de justificaciones normativas concretas, parece correcta la tesis sustentada por Crisafulli. Según tal autorizado autor, el Reglamento de la Corte, al igual que el Reglamento de las Cámaras, sólo tiene de tal *Reglamento* el nombre, debido a la tradición. Por ello es simplemente absurdo, amén de inconstitucional, entender aplicable en España al Reglamento de nuestro Tribunal Constitucional el artículo 106.1 de la Constitución. La única diferencia entre el Reglamento parlamentario y el Reglamento del Tribunal Constitucional reside en el hecho de que el primero tiene una *reserva de competencia* establecida en la misma Constitución (art. 72.1), mientras que el Reglamento del Tribunal se basa, al menos aparentemente, en el artículo 2.2 de su misma ley orgánica. Si así es, pudiera parecer que el legislador orgánico ostenta la *competencia de la competencia* sobre la potestad reglamentaria del Tribunal, en cuanto podría incluso suprimir tal potestad. Pero, si se reflexiona bien, tal afirmación no es exacta, pese a la poco afortunada redacción del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 2/1979, que parece querer circunscribir la potestad reglamentaria del Tribunal «dentro del ámbito de la presente ley». El Reglamento del Tribunal no es un Reglamento ejecutivo, y por ello no podrá ser sometido a dictamen del Consejo de Estado, como es obvio, pero ni siquiera está totalmente sometido a la ley orgánica del Tribunal. En cualquier caso podrá, y deberá, colmar las lagunas de la propia ley orgánica. Ya hemos contemplado supuestos importantes como la inmunidad y sueldo de los magistrados. Pero, ¿qué ocurriría si el Tribunal corrige *contra legem* su propia ley orgánica, bien para garantizar su posición en el ordenamiento o para mejorar las normas de procedimiento? Es obvio que cualquier norma no constitucional que tratase de depurar tal regulación por la derogación sería —a diferencia del propio Reglamento— *objeto* de un control de constitucionalidad por el propio Tribunal. Por todo ello, cabe postular la existencia de una *reserva de reglamento* atribuida por la propia Constitución al Tribunal, en cuanto órgano constitucional, con un ámbito especial de *competencia* atribuido a tal fuente. Sus contornos, dado lo que se establece en el artículo 165 de la Constitución, no son del todo claros. Sin embargo, la hipótesis de contradicción entre el Reglamento del Tribunal y su propia ley orgánica concluiría o bien en un conflicto político o bien en la *efectividad* del Reglamento del Tribunal⁴¹.

El problema, que por su complejidad será objeto de un estudio monográfico, merece mayor atención de la que hasta ahora ha recibido. Piénsese en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (art. 54 de la Const.). Es absurdo entregar al Gobierno la potestad de proceder a su desarrollo reglamentario. En la disyuntiva de optar por la regulación exhaustiva de una institución nueva, con la consiguiente amenaza de la necesidad de reformarla según los datos de la experiencia, o una regulación mínima con los consiguientes riesgos constitucionales, ¿no habría sido preferible una regulación intermedia atribuyendo a las Cortes Generales, a propuesta del defensor del pueblo, la potestad de regla-

⁴⁰ S. Panunzio, *I regolamenti della Corte Costituzionale*, Padua, 1970.

⁴¹ Cfr. Crisafulli, *Lezioni...*, cit., II, págs. 120 y sigs. y 216 y sigs.

mentar tal ley? Tal solución encuentra apoyo en los datos más recientes de nuestro Derecho positivo. En efecto, la disposición final 3.^a de la Ley Orgánica del Consejo de Estado —órgano *lateral constitucional* como el defensor del pueblo— limita la potestad reglamentaria del Gobierno al establecer que el Reglamento orgánico del Consejo se aprobará *a propuesta* del propio Consejo. De igual forma, el Reglamento orgánico del defensor del pueblo —en garantía de la esfera propia de autonomía que le corresponde— se podría dictar *a propuesta* del defensor del pueblo. Nada se opone, en fin, a que sea un Reglamento de las Cortes Generales el que desarrolle la Ley de su Alto Comisionado. Así nos lo enseña el Derecho comparado.

Las ideas que hemos esbozado sobre la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional español se iluminan con los datos de la experiencia italiana que, en conclusión, vamos a recordar. Toda la construcción hasta aquí expuesta no se afirmó en Italia sin graves dificultades: las opuestas por los demás órganos constitucionales que veían disminuido su poder.

Los enfrentamientos entre el Gobierno y la Corte, así como los de ésta con el Parlamento, fueron numerosos en los primeros años de funcionamiento de la institución. Uno de ellos fue el referente a las cuestiones de protocolo y precedencia a la hora de determinar el lugar que correspondía al presidente y a los demás miembros del nuevo órgano constitucional. La cuestión no era trivial, como demostró Sandulli, que afirmó la conexión íntima entre el prestigio y la autoridad de un órgano y los formalismos que les sirven de testimonio y de los que cada uno debe ser *intransigente assertore e geloso custode*⁴². No faltaron asimismo ataques parlamentarios a prestigiosos jueces por su participación en debates televisados, e incluso el ministro de Justicia llegó a cuestionar el valor de una sentencia mediante una circular *sui generis*⁴³. Sin embargo, el episodio más significativo fue el que concluyó en la reforma constitucional operada por la Ley Const. núm. 2 de 22 de noviembre de 1967, que implicó una apreciable disminución de los poderes de la Corte.

Al aproximarse el período de renovación total de la Corte, tras el cumplimiento de los primeros doce años de actividad y, posiblemente, ante la amenaza de que el Parlamento no procediese a las nuevas designaciones, poniendo en peligro la propia existencia del Alto Tribunal, la Corte se anticipó. El 20 de enero de 1966 modificó su propio Reglamento e introdujo en él, junto a otros extremos, la institución de la *prorrogatio*. Dicha institución está también prevista en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica de nuestro Tribunal. A tenor de la misma, los magistrados continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que no hayan tomado posesión los que hubieren de sustituirles.

La modificación del Reglamento produjo importantes debates. Como consecuencia, *todos* los grupos parlamentarios suscribieron lo que luego sería la Ley Constitucional de 22 de noviembre de 1967 sobre modificación del artículo 135 de la Constitución y disposiciones sobre la Corte Constitucional.

Las reformas introducidas fueron importantes. Se redujo el período de mandato de los jueces de doce a nueve años, estableciendo, contra lo previsto en el

⁴² Sandulli, *op. cit.*, pág. 726.

⁴³ Cfr. Massera, *Materiali per uno studio*, cit., págs. 839, en nota, y 867, en nota.

Reglamento, que el período de mandato empezaría a correr —y para cada uno— a partir del día del juramento del cargo. Se eliminó la posibilidad de reelección no inmediata, anteriormente establecida, prohibiendo la reelección. Pero los poderes de la Corte fueron disminuidos sustancialmente en lo que se refiere a la verificación de la validez del nombramiento de los jueces (*verifica dei poteri*) (cfr. art. 2.f, L. O. 2/1979), dado que, con objeto de afirmar la imposibilidad de control de los *interna corporis acta*, se redujo al mero control de la existencia de los requisitos subjetivos de admisibilidad de los jueces. Lo más importante fue sin duda excluir de plano la posibilidad de *prorrogatio*. Para ello se introdujo en el mismísimo artículo 135 de la Constitución la cláusula de que «*alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni*». La última innovación, radicalmente opuesta al Reglamento de la Corte, tuvo un valor admonitorio suficientemente claro. Crisafulli ha destacado que la oposición al Reglamento se hizo nada menos que modificando el texto de la propia Constitución y que fue la propia Corte, y no la ley constitucional, la que *autónomamente*, por decisión de 7 de julio de 1969, suprimió el artículo 18 del Reglamento que preveía la *prorrogatio*⁴⁴. Sin embargo, triunfó el Parlamento. El artículo 5 de la Ley de 1967 establece la obligación de cubrir en el plazo máximo de *un mes* cualquier vacante que se produzca en la Corte Constitucional. El juez Crisafulli ha criticado duramente esta norma. La obligatoriedad de un plazo es algo abstracto si no existen medios para hacerlo cumplir, y caída la *prorrogatio* no existen. El presidente de la República y las Supremas Magistraturas han efectuado dentro del término previsto cada uno de los cinco nombramientos (un tercio) que tanto al primero como a las segundas competen. Pero el Parlamento ha tenido —afirma— un comportamiento severamente censurable, pues ha llegado a tardar hasta un año en sustituir a los jueces cesados del tercio que le corresponde designar⁴⁵. ¿*Quid iuris* al respecto? Excluida la *prorrogatio*, creo que es oportuno recordar la propuesta formulada en 1957 por Stendardi para resolver el problema que ahora se vuelve a plantear. Stendardi se veía obligado a apelar a la autoridad del presidente de la República como guardián de la Constitución y postulaba la disolución del Parlamento que incumpliese su obligación por desprecio y violación de la Constitución⁴⁶.

En España, con tales precedentes y ante los ocho magistrados que compete designar a las dos Cámaras, hay que aplaudir la afortunada previsión del artículo 17.2 de nuestra Ley Orgánica. Ello no excluye, sin embargo, el miedo a su supresión o modificación por las Cortes en sede de legislador orgánico. Ahora bien, tal hipótesis sería un atentado claro a la continuidad del Tribunal. Se trataría de un conflicto político que afectaría a algo más que al propio Tribunal. No han faltado en Italia amenazas de ese estilo. En 1960, el entonces diputado Cossiga habría afirmado que el Parlamento disponía del poder de suprimir la Corte Constitucional y el mismo control de la constitucionalidad de las leyes. Aldo Sandulli replicó duramente a tales afirmaciones postulando, ya en 1960, la posibilidad de que la Corte controlase la constitucionalidad de

⁴⁴ Crisafulli, *op. cit.*, II, pág. 220.

⁴⁵ Crisafulli, *op. cit.*, II, pág. 226.

⁴⁶ G. G. Stendardi, *La Corte Costituzionale*, cit., pág. 30.

las mismas leyes formalmente constitucionales⁴⁷. Sin excluir tal posibilidad en nuestro ordenamiento, se puede afirmar además que la Ley Orgánica del Tribunal pertenece a la categoría de leyes que nuestro Consejo de Estado, en su dictamen de 28 de junio de 1979 (exp. 42.302), ha denominado *leyes necesarias*. Tales leyes pueden ser modificadas, pero no suprimidas o derogadas totalmente sin ser sustituidas por otras. Por ello, el legislador orgánico no dispone de un *ius vitae necisque* sobre el Tribunal Constitucional. Pero, al margen del poder de revisión constitucional, ninguna ley que modifique la orgánica de nuestro Tribunal puede atentar contra su estructura esencial. Y al ser la supresión de la *prorrogatio* un atentado a la independencia de los miembros del Tribunal (art. 159.5 de la Constitución) y por ello a la del Tribunal mismo, como amenaza de un *Court-packing plan* o invitación al *judicial self-restraint*, no es difícil postular la inconstitucionalidad de una reforma como la operada en el artículo 135 de la Constitución italiana.

Sin embargo, es de esperar que no se produzcan tales acontecimientos. La doctrina ha señalado cómo el año 1967 es precisamente el punto de partida de la actividad más fecunda de una Corte que deja de contemplarse a sí misma y de temer por su posición y que se confía plenamente en la actividad de sus sentencias⁴⁸. Valgan las observaciones recogidas para atender a uno de los problemas menos estudiados de la justicia constitucional, cual es el de la posición del órgano de control entre los poderes del Estado.

V. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ANTE LA EXPERIENCIA ITALIANA

Para concluir, en la vigilia del efectivo funcionamiento del Tribunal Constitucional español, puede parecer aventurado formular un pronóstico. Hasta que, como dijera el juez Cardozo, la fertilidad de nuestra jurisprudencia constitucional no sea tal de desconcertar al clérigo Malthus, no se podrá efectuar una comparación entre la experiencia italiana y el futuro del Tribunal español.

Sin embargo, se aprecia en primer lugar una sustancial diferencia entre los instrumentos técnicos de que está dotada la Corte italiana y los que se han atribuido a nuestro Tribunal Constitucional. El juez constitucional, Leopoldo Elía, ha recordado la feliz expresión de Geiger, según la cual la justicia constitucional debe ser una *red sin desmalladuras* (*ein lückenlose Netz*). En Italia, afirma tan autorizada voz, la jurisdicción de la Corte se ha instrumentado en base a una concepción *residual e aggiuntiva*, potenciando más el objeto del juicio de constitucionalidad, por considerarse, según vimos anteriormente, que la ley era el único acto del ordenamiento sustraído a un juez, que el *parámetro* del juicio, que consiste en valorar la supremacía de la Constitución y las leyes constitucionales⁴⁹.

⁴⁷ Declaraciones de Cossiga y réplica de Sandulli, en *Sulla posizione...*, cit., págs. 716 y sigs., en nota. Cfr., para el control de constitucionalidad de la reforma constitucional en España, J. M. Rodríguez Oliver, *Los ámbitos exentos al control del Tribunal Constitucional español*, en *Jornadas de estudio sobre el Tribunal Constitucional español*, en prensa.

⁴⁸ Cfr. Massera, *op. cit.*, págs. 868 y sigs.

⁴⁹ Elía, *Giustizia costituzionale e poteri legislativi decentrati*, en *Aspetti e tendenze (Scritti Mortati)*, cit., IV, págs. 369 y sigs.

Por ello la *dilatación del principio de legalidad*, que vimos en nuestro Recaséns y en la jurisprudencia italiana, se ve superada por un sistema que asegure efectivamente la *primacía de la Constitución*, como postula el artículo 27.1 de la Ley Orgánica de nuestro Tribunal Constitucional.

Veamos algunas de las limitaciones del sistema italiano. Ha adoptado lo que, tras la afortunada definición de Carl Schmitt, llamamos *control concentrado* de constitucionalidad⁵⁰. Sin embargo, el acceso a la Corte se produce, casi exclusivamente, en *vía incidental*, a través de la *cuestión de inconstitucionalidad* promovida por los jueces ordinarios en el curso de un proceso. Calamandrei afirmó que, en este supuesto, el juicio común es la *antesala* del Tribunal Constitucional: es al juez ordinario a quien corresponde abrir o cerrar el portalón que da acceso al Tribunal Constitucional⁵¹. En consecuencia, existe un cierto *control difuso* ejercido por los jueces ordinarios, y no sólo sobre los Reglamentos o los actos jurídicos públicos, sino sobre la misma *ley formal* en cuanto que sólo llegarán al Tribunal aquellas cuestiones en la que los jueces estimen que hay «posibilidad» de inconstitucionalidad, con lo que, fácilmente pueden excluir de la competencia del mismo otras cuestiones por la vía de estimar que no hay sospecha de inconstitucionalidad. La Magistratura italiana no ha dejado de utilizar *políticamente* el *giudizio di delibazione*. Negativamente, como denunció Sandulli, las más altas instancias de la jurisdicción ordinaria, por la vía de declarar «notoriamente infundadas» cuestiones de inconstitucionalidad, sustrajeron a la Corte cuestiones «notoriamente fundadas». La explicación, de orden sociológico, residía en el hecho de la supremacía de la jurisdicción constitucional, con la consiguiente minusvaloración de las instancias supremas (Casación y Consejo de Estado) del orden jurisdiccional ordinario. Positivamente se produjo una alianza entre las instancias inferiores de la jurisdicción —más progresistas— y la Corte Constitucional, con lo que se rodeaba el obstáculo de las instancias supremas menos sensibles a los nuevos valores constitucionales⁵².

⁵⁰ Conviene recordarlo: fue Schmitt quien propuso la diferenciación: «Propongo el término *difuso* para designar el concepto opuesto al de derecho de control *concentrado* en una sólo instancia» (*La defensa...*, cit., pág. 29, en nota).

⁵¹ Cit. por Crisafulli, *Lezioni...*, cit., II, pág. 240.

⁵² Cfr. Sandulli, *Rapporti tra Giustizia Comune e Giustizia costituzionale in Italia (Esperienze di un dodicennio)*, Padua, 1968, págs. 12, 23 y sigs., para el aspecto comentado en el texto. Crítica asimismo en el texto la negación de eficacia a las sentencias de la Corte por parte de los jueces ordinarios, sobre todo en el supuesto de las conocidas *sentenze interpretative di rigetto*. El problema ha sido tratado recientemente en las *Jornadas de Estudio sobre el Tribunal Constitucional de la Dirección General de lo Contencioso* (en prensa), por lo que no nos extendemos en su consideración. La alianza de los jueces progresistas con la Corte constitucional es tratada ampliamente por Valerio Onida, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale*, en *Aspetti e tendenze (Scritti Mortati)*, cit., IV, págs. 503 y sigs. Ante la falta de desarrollo de la Constitución, afirma, el cumplimiento de la misma se ha transferido en cierta forma del Parlamento a la Corte (pág. 510). De ahí la gran labor de control de la Corte sobre la legislación anterior a la Constitución, que no se basa tan claramente en la no consideración del valor derogatorio de la Constitución misma cuanto en la confianza del juez inferior en la interpretación *adeguatrice* de la Corte, frente a una *Corte di Cassazione* poco sensible a los valores constitucionales. La jurisprudencia más reciente, tras un movimiento que se manifiesta a partir de 1965, verifica por sí misma la *interpretazione adeguatrice* de la legislación preconstitucional sin recurrir a la Corte Constitucional, camino seguido hoy por los jueces más conservadores.

Es evidente que tales hipótesis son posibles en nuestro ordenamiento. Sin embargo, se verán corregidas por la vía del *recurso de amparo*, que permite *reconcentrar* en el Tribunal la *jurisdicción difusa*, siempre que haya violado algún derecho fundamental o libertad pública. El recurso de amparo, aunque sea con un fin particular, permite garantizar la efectiva supremacía de la Constitución contra el Parlamento, el poder ejecutivo y, sobre todo, contra el mismo poder judicial⁵³.

Pero, además, el campo de los accesos al Tribunal Constitucional es notablemente estrecho cuando, como en Italia, se confía al sistema incidental. Aun siendo la Corte un Tribunal de Conflictos, existen muchas leyes que nunca llegarán a las manos de un juez que las pueda remitir a la Corte Constitucional. Por ello es necesaria la existencia de un recurso de inconstitucionalidad, como el establecido, en vía principal, en el capítulo II del título II de nuestra Ley Orgánica. Subsisten los problemas de legitimación, sobre los que hablará la práctica⁵⁴, pero el recurso directo contribuye a tupir la red de los controles de constitucionalidad.

Si el valor supremo de la constitucionalidad logra afirmarse en nuestro Derecho, superando el estereotipo decimonónico del principio de legalidad, se habría hecho cierta la máxima ulpiniana, que, a mi juicio, debería presidir nuestro ordenamiento: «Non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat». Esa puede ser la misión de nuestro Tribunal Constitucional. Sin embargo, conviene huir de visiones mitificadoras de la justicia constitucional. Massera, en la doctrina italiana, ha comparado los jueces constitucionales a las vestales romanas. Deben proteger la llamada de la Constitución, pero no por ello, pese a su carácter sagrado, se verán libres de ataques.

El problema, casi siempre, se subsume en la disyuntiva agudamente planteada por Carl Schmitt: ¿judicialización de la política o politiquización de la justicia? En España existe el riesgo de la politización. Así lo ha señalado Oscar Alzaga, quien afirma que la Constitución italiana ha influido indudablemente en la española en la primacía del criterio político en la determinación de los órganos con potestad para proponer el nombramiento de los magistrados de nuestro Tribunal⁵⁵. A ello hay que añadir la peligrosa *dissenting opinion* (artículo 90.2 y 164.1 de la Constitución), la posibilidad de reelección, aunque no sea inmediata (art. 16.2 L. O. T. C.) y sobre todo el número par de magistrados, justamente criticado⁵⁶, que aumentará, en el Pleno y en las Salas, los poderes

⁵³ Cfr. Sandulli, *Rapporti...*, cit., págs. 24 y sig., que proponía tal solución *de iure condendo*; cfr. también Elia, *Giustizia costituzionale*, cit., pág. 369. Massera, *Materiali*, cit., recuerda que se presentó una proposición de ley por parte demócrata-cristiana y socialista consistente en establecer un control de las sentencias del juez ordinario y administrativo por la violación o falsa aplicación de la Constitución. Se trataba de convertir a la *Corte Costituzionale* en un cuarto grado de jurisdicción. La proposición, motivada por el enfrentamiento entre la Corte y la *Cassazione*, a propósito de la Sentencia núm. 62/1971, sobre presencia de abogado defensor en el sumario, no prosperó por la oposición comunista (pág. 871, en nota).

⁵⁴ Cfr. Sandulli, *op. cit.*

⁵⁵ Alzaga Villamil, *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, págs. 916 y sigs.

⁵⁶ Alzaga, *op. cit.* En el mismo sentido, Aragón, *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en «Revista de Estudios Políticos» (nueva época), núm. 7,

del presidente y del vicepresidente. Pero, como se ha advertido con lucidez, la independencia de un magistrado radica en la conciencia de éste, y no puede ser impuesta mecánicamente por la técnica del legislador⁵⁷.

La experiencia de la Corte italiana puede, con justicia, servir de modelo para el Tribunal Constitucional español. Es de desear que, como aquélla, pueda ser considerado en el futuro la más importante innovación de nuestra Constitución. La oscuridad y complejidad de ésta dificultan su labor, pero, como afirmó el marqués de Beccaria, «Dove le leggi siano chiare e precise, l'officio di un giudice non consiste in altro che nell'accertare un fatto». De donde concluía: «Felice quella nazione, dove le leggi non fossero una scienza».

págs. 177 y sigs. El criterio italiano, propuesto en la Constituyente por De Nitti, era el que el número, no muy alto, debía ser impar y múltiplo de 3: de ahí los 15 jueces de la Corte italiana.

⁵⁷ La Pergola, *Relazione*, en *La Costituzione spagnola*, cit., págs. 12 y sig.