

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

ALESSANDRO PACE (\*\*)

1. *No es «antiberlusconismo» sino defensa del principio de igualdad.*—I. LAS INMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: 2. *La inmunidad del Presidente de la República por los delitos extrafuncionales y la relativa improcedibilidad procesal en los debates de la Asamblea constituyente.* 3. *Los argumentos textuales, de fuentes legislativas, contrarios a la tesis de la improcedibilidad provisional de la acción penal contra el Presidente de la República por delitos extrafuncionales. La supuesta praxis favorable a la improcedibilidad. Crítica.* 4. *Mi discrepancia frente a la tesis de que, «por razones de oportunidad y de conveniencia», la Asamblea constituyente habría omitido la previsión de un órgano del mismo nivel que el Presidente de la República, competente para juzgarlo por los delitos extrafuncionales.*—II. LAS INMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO: 5. *Las cuatro disposiciones a favor del Presidente del Consejo y de otros altos cargos. Un primer balance.* 6. *La ley Vietti relativa al legítimo impedimento. «El sereno desarrollo de las funciones» en las sentencias núm. 24 de 2004 y 262 de 2009.* 7. *«El sereno desarrollo» puede ser alegado tan sólo en referencia a actos y hechos de la función. La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Clinton vs. Jones y la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 225 de 2001.* 8. *Intermedio. Algunos apuntes más sobre el ordenamiento estadounidense y sobre una propuesta asumible inspirada en el mismo.* 9. *Sobre la inconstitucionalidad de la ley núm. 51 de 2010 con base en los artículos 3 y 101 de la Constitución.* 10. *Sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley núm. 2180 AS con base en el artículo 3 de la Constitución, con relación al Presidente de la República.* 11. *Sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley núm. 2180 AS con base en los artículos 1 y 3 de la Constitución, con relación al Presidente del Consejo de Ministros.*

---

(\*) Ponencia presentada en el Congreso «*Le immunità penali della politica*», celebrado en Perugia los días 12 y 13 de noviembre de 2010. El texto, modificado, se publicará en los *Scritti in onore di Franco Modugno*, al que está dedicado con afecto.

(\*\*) Traducción de María Valvidares, Universidad de Oviedo.

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

Resulta reduccionista y errado reconducir a un supuesto «antiberlusconismo» el largo debate jurídico-institucional relativo a las alegadas inmunidades procesales del Presidente del Consejo. Es reduccionista y errado porque, por más que sea importante y duradero, también el «capítulo Berlusconi» se cerrará antes o después, al igual que se cerró, al cierre del septenio (aunque con algunas consecuencias) (1) el «capítulo Cossiga», que tantos problemas generó a los constitucionalistas (2).

Así pues, la batalla cultural y política a favor de la igualdad de los ciudadanos ante la ley —ya iniciada, en nuestro ordenamiento, mucho antes de la llegada de la República (3)— continuará con otros nombres y otros protagonistas. De hecho, si en el pasado —también en el reciente— el artículo 3 de la Constitución ha sido invocado por políticos, politólogos y juristas frente a los abusos de la inviolabilidad parlamentaria (*insindacabilità*), 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 diversas leyes *ad*

---

(1) Tales como el recurso por los conflictos de atribución entre poderes contra dos sentencias de la Corte de Casación que habían aceptado los recursos de los senadores Sergio Flamigni y Pierluigi Onorato. La ordenanza de admisibilidad núm. 455 de 2002 se recoge en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, págs. 3745 y sigs.; el recurso se acogió tan sólo parcialmente por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 154 de 2004. (*El septenio hace referencia a la duración del mandato del Presidente de la República. N. de la T.*)

(2) Piénsese, entre otros, 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 sigs.), que generó fortísimas polémicas, habiéndose considerado que el entonces Jefe del Estado se había excedido en sus funciones constitucionales (a tal propósito, véase en *Debate* entre numerosos constitucionalistas publicado en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, págs. 3209 y sigs.), y en las numerosas y perentorias declaraciones, algunas tan desmesuradas que determinaron, en 1991, un intento de acusación (*por el Parlamento, «Stato di accusa» en el original, en este caso, por atentar contra la Constitución, una de las dos causas de responsabilidad del Jefe del Estado en el ordenamiento italiano —art. 90 de la Constitución— con relación al ejercicio de sus funciones. Véase la nota núm.12. N. de la T.*). Sin embargo, las denuncias fueron archivadas por la Comisión parlamentaria formada a tal efecto, cuya deliberación fue muy criticada. V. *Atti Senato*, XI leg., 155.º res., 11 de mayo de 1993.

(3) Véanse las posturas a favor de una interpretación restrictiva de la inmunidad parlamentaria de L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, vol. II, Genova, Lavagnino, 1859, pág. 288, y de L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, vol. II, Firenze, Pellas, 1884, pág. 507, duramente contestadas por V. E. ORLANDO, *Immunità parlamentare ed organi sovrani* (1933), en Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, págs. 476 y sigs.

*personam* que caracterizan los asuntos berlusconianos, con relación al futuro, las hasta ahora frecuentes resoluciones de inviolabilidad aprobadas en violación del artículo 68.1 de la Constitución, y las generosas negativas de suplicatorio para proceder contra delitos ministeriales, así como otros tantos rechazos a la detención de parlamentarios hacen suponer, por desgracia, que siempre existirán políticos que, por más alto que sea el cargo ocupado, considerarán que sus prerrogativas son privilegios.

No se trata, por tanto, de una batalla contra éste o aquél, sino a favor de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, que la inmensa mayoría de los constitucionalistas italianos, entre los que se hallan los más prestigiosos, afrontan desde hace tiempo en nombre de un principio sencillísimo, según el cual el titular de un cargo institucional, sea cual sea, está sujeto a la ley común, tanto civil como penal, en todos los actos y comportamientos realizados al margen del ejercicio de sus funciones.

Un principio que, siendo desarrollo de la ya recordada proclamación constitucional, puede ser, sin embargo, derogado con relación a determinadas prerrogativas siempre que tengan fundamento en previsiones constitucionales concretas, tales como los artículos 68, 90, 96 y 122.4. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, dichos artículos tienen, de hecho, «la doble característica de estar destinados a garantizar el ejercicio de sus funciones por órganos constitucionales, y de derogar el régimen jurisdiccional común», y constituyen «un sistema normativo específico, fruto de un particular equilibrio y una disposición de intereses constitucionales; sistema que al legislador ordinario no le está permitido alterar ni *in peius* ni *in melius*» (4).

Es cierto, sin embargo —y quienes defienden la ley Schifani y Alfano lo han subrayado en repetidas ocasiones, incluso recientemente (5)— que tal tesis se contradice, aparentemente, con la sentencia núm. 148 de 1983, que no considera ilegítimo el artículo 5 de la Ley (ordinaria) núm. 1 de 1981, que otorga

---

(4) Tribunal Constitucional, sentencia núm. 262 de 2009, fundamento jurídico núm. 7.3.1. Se deriva que el fundamento constitucional de la derogación constituye una consecuencia de la previsión constitucional del principio de igualdad. Así pues, no es admisible sostener que, con la salvedad de las inmunidades expresamente previstas por la Constitución, nos encontraríamos en el interior de un ámbito constitucionalmente «sin calificar», como sostiene, sin embargo, G. M. SALLERNO, *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. VERONESI (eds.), *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, Giappichelli, 2009, págs. 27 y sigs. Unas atinadas críticas a esta tesis pueden verse en A. PUGIOTTO, «La seconda volta», en *Cassazione penale*, 2010, págs. 57 y sigs.

(5) Así, entre otros, C. CHIOLA, *Lamentatio sulla pietra tombale del lodo Alfano*, en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 de noviembre de 2009).

inmunidad a los componentes del Consejo de Ministros, con relación exclusivamente a las «opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, y relativas al objeto de la discusión». Debe tenerse presente, aun así, que bajo el perfil de la disparidad de trato, igualmente tomado en consideración por la sentencia núm. 262 de 2009, la decisión de 1983 no suscita perplejidad, por cuanto el artículo 5 citado introducía una prerrogativa que el Tribunal consideró, de forma expresa, que se conectaba con el ejercicio de «funciones constitucionalmente garantizadas», es decir, de situaciones subjetivas ontológicamente distintas de las de un ciudadano común.

Por el contrario, lo que ha suscitado y aún suscita perplejidad respecto de la inmunidad procesal temporal prevista por la Ley Schifani y Alfano y por el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS (XVI Legislatura) es que, al referirse a ilícitos extrafuncionales, regula situaciones análogas a las que se podría encontrar cualquier persona (6).

## I. LAS INMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

### 2. *La inmunidad del Presidente de la República por los delitos extrafuncionales y la relativa improcedibilidad procesal en los debates de la Asamblea constituyente*

Dicho lo cual, me parece oportuno comenzar el examen de las inmunidades penales extrafuncionales tratando del Presidente de la República, y lo hago en atención a una sencilla consideración. Si, como vengo sosteniendo desde hace tiempo (7), nuestro Jefe del Estado, por una elección constitucional y legislativa consciente, no goza de la inmunidad penal por los delitos extrafuncionales ni de la improcedibilidad procesal temporal por tales delitos, a la misma conclusión se debería llegar *a fortiori* con relación al Presidente del Consejo y, por tanto, a los Ministros.

Precisamente por ello, y aunque pueda parecer rancio, considero una vez más que debe comenzarse por los trabajos de la Asamblea constituyente, para

---

(6) Este aspecto no es 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.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (4 de mayo de 2010).

(7) A. PACE, «Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato», en M. LUCIANI y M. VOLPI (eds.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1997, págs. 371 y sigs., también en A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, Jovene, 2008, págs. 23 y sigs.

recordar algunas posturas fundamentales, y para contextualizar determinadas afirmaciones que, para ser valoradas en su justa medida, necesitan referirse al momento en que fueron realizadas.

Comienzo por la reunión de la Segunda Subcomisión de 4 de enero de 1947. Toda vez que el artículo 17 del Proyecto aludía tan sólo a los delitos funcionales, el honorable Tosato, en la apertura, explicó inmediatamente «que no se ha incluido en el artículo ninguna disposición relativa a la responsabilidad penal por los delitos comunes del Presidente de la República, por razones de oportunidad y de conveniencia» (8), y el honorable Mortati añadió «que el Comité ha omitido intencionalmente toda regulación de la responsabilidad ordinaria del Presidente. Se trata, así pues, de una laguna voluntaria de la Carta constitucional» (9).

En la discusión posterior se enfrentaron diversos planteamientos que fueron resumidos, con poca precisión, por el Presidente Terracini, que recogió cuatro: 1) previsión única de responsabilidad penal funcional del Presidente de la República (tesis de la Comisión); 2) responsabilidad penal común del Presidente de la República previa autorización de la Asamblea nacional (tesis del honorable Nobile); 3) responsabilidad penal común del Presidente de la República, pero improcedibilidad hasta el término del mandato (tesis del honorable Fabbrì); 4) irresponsabilidad penal del Presidente de la República salvo en caso de violación de la Constitución (tesis del honorable Mortati).

La síntesis no fue precisa porque, tal y como se refleja en el informe sumario, la tesis del honorable Mortati no se distinguía de la de la Comisión, y porque Terracini había silenciado precisamente la tesis (radical) que él mismo había defendido. Interviniendo justo a continuación del honorable Mortati, que había hablado de «laguna voluntaria», aquél se había opuesto firmemente con estas palabras: el Presidente «es consciente de las razones que pueden haber aconsejado seguir este criterio, pero personalmente es contrario a dejar esta laguna en la Constitución, por cuanto considera que el Presidente de la República, al igual que todo ciudadano, debe someterse, si bien con ciertas cautelas, a la ley. No considera que el hecho de que se evite el procedimiento judicial pueda ser suficiente para salvaguardar el prestigio del cargo, en tanto en cuanto pese una acusación o una sospecha de culpabilidad sobre la persona del Presidente» (10). Pero no es suficiente.

---

(8) Hon. Tosato, en *Atti Assemblée costituente, II sottocommissione, Prima sezione*, sesión de tarde del 4 de enero de 1947, vol. VIII, Roma, Secretaría de la *Camera dei deputati*, 1970, 1769.

(9) Hon. Mortati, en *Atti Ass. cost., II sottocommissione, Prima sezione*, cit., 1770.

(10) Hon. Terracini, en *Atti Ass. cost., II sottocommissione, Prima sezione*, vol. VIII, cit., 1770.

Terracini reiteró dos veces su aversión a la irresponsabilidad extrafuncional del Presidente de la República, ambas para contradecir la propuesta de Fabbri que preveía la improcedibilidad de las acciones penales por delitos comunes mientras durase el mandato. Durante la discusión, Terracini declaró «que prefería una laguna a una disposición que confiriese un privilegio excesivo al Presidente de la República, el cual sigue siendo un ciudadano entre ciudadanos, por más que ocupe un cargo político. De hecho, no podría admitir que, durante siete años, el Presidente de la República no respondiera ante la justicia de su país». Cuando, posteriormente, la propuesta fue sometida a votación, el Presidente Terracini «declara personalmente que votará en contra, al considerar que el Presidente de la República, en un régimen democrático, debe ser considerado como un ciudadano más y que, como cualquier persona, debe respetar las leyes y someterse a la justicia del propio País» (11).

El texto del artículo 85, aprobado por la Comisión y sometido a la Asamblea Constituyente es prácticamente idéntico, en sus apartados 2 y 3, al actual artículo 90 (12). El 10 de marzo de 1947, durante la discusión general del Proyecto de Constitución, Vittorio Emanuele Orlando intervino con relación a dicho artículo, no pudiendo, obviamente, compartir ni la letra ni muchos menos el espíritu del mismo; es suficiente con recordar su vieja tesis de los órganos soberanos, que ya no serían tales si un magistrado pudiese juzgarles (porque en este caso, ¡el soberano sería el magistrado!) (13). El autorizadísimo estudioso e ilustre hombre político ironizó al respecto, y se preguntó cuál podría ser la norma apli-

---

(11) Hon. Terracini, en *Atti Ass. cost., II sottocommissione, Prima sezione*, vol. VIII, cit., 1772.

(12) Artículo 85 del Proyecto: «Ningún acto del Presidente de la República es válido si no está refrendado por el Primer Ministro y por los Ministros competentes, que asumen la responsabilidad. // El Presidente de la República no es responsable por los hechos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo por lo que respecta a la alta traición o por violación de la Constitución. // En tales casos puede ser acusado por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.»

(13) Un análisis de tales tesis puede verse en mi trabajo *La legge n. 140 del 2003 e i principi costituzionali violati*, en *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2005, págs. 15 y sigs., también disponible en A. PACE, *I limiti del potere*, cit., págs. 122 y sigs. Las obras en las que el maestro siciliano las ha desarrollado son, que me conste, las siguientes: V. E. ORLANDO, *Immunità parlamentare ed organi sovrani*, cit., págs. 476 y sigs., 484 y sigs.; id., *Inviolabilità regia* (1938), e id., *La responsabilità regia e la deposizione dei re inglesi* (1939), ambas disponibles en id., *Diritto pubblico generale*, cit., págs. 459 y 499 y sigs. Orlando fundamentaba la inmunidad en la posición «soberana» de los órganos, que se vería negada por la afirmación de cualquier tipo de jurisdicción. Sin embargo, Orlando diferenciaba la regulación de la inmunidad de los órganos unipersonales respecto de la de los órganos colegiados. Para un examen crítico de la teoría de Orlando, véase igualmente M. DOGLIANI, «Immunità e prerogative parlamentari», en *Il Parlamento*, L. Violante (ed.), Torino, Einaudi, 2001, pág. 1023.

cable al Presidente de la República si, mientras conducía un automóvil, hubiese embestido a alguien; y se imaginó con horror tanto la emisión de una orden de captura contra el Jefe del Estado, como la citación en una causa civil, la práctica de un interrogatorio o el que se le obligara a prestar juramento... (14).

Refiriéndose al núcleo de la cuestión, y para decirlo con pocas palabras, Orlando lamentaba que no se hubiese previsto la inviolabilidad absoluta del Jefe del Estado. Al hacerlo, no se daba cuenta del cambio de forma de Estado que se había producido, ni de que el Jefe del Estado ya no era un Rey sino el Presidente de una República democrática (15).

Llegados a este punto, tan sólo me resta añadir, respecto de los trabajos preparatorios, que en la sesión antemeridiana de 24 de octubre de 1947 se rechazaron, tras una larga discusión, dos enmiendas análogas al texto de la Comisión: una del honorable Bettiol («El Presidente de la República, mientras desempeñe su mandato, no puede ser perseguido por las violaciones de la Ley penal cometidas fuera del ejercicio de las funciones propias»), y otra del honorable Monticelli («El Presidente de la República no puede ser sometido a procedimiento penal durante el ejercicio de sus funciones»). En consecuencia, fue igualmente rechazada la enmienda del honorable Corbi, adicionada a la enmienda Bettiol, por la que se introducía la siguiente reserva: «... salvo que las Cámaras reunidas no reconozcan una causa de incapacidad», y con la cual se pretendía conferir a las Cámaras la posibilidad de excluir, de entre los delitos extrafuncionales, al menos los más graves (16).

Es interesante recordar, más que las intervenciones contrarias a estas enmiendas, la explicación del honorable Ruini, Presidente de la Comisión de la Constitución, respecto de la supuesta laguna relativa a la responsabilidad extrafuncional del Presidente de la República. Dirigiéndose al honorable Monticelli, el Presidente Ruini afirmó: «Es cierto que, tras haber hablado de la irres-

---

(14) Hon. Orlando, en *Atti Ass. cost.*, sesión de 10 de marzo de 1947, vol. I, cit., pág. 296.

(15) Lo que sucedió igualmente a E. CROSA, «Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana», en *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1951, pág. 112, quien, al referirse a los delitos extrafuncionales, rechazaba la «supuesta apelación al principio de igualdad, que no podía ser acogido por la aberrante aplicación a relaciones de naturaleza distinta, y, por tanto, diversos de aquellos previstos por tal principio». Bien distinta era la sensibilidad de los estudiosos más jóvenes (A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, Giuffrè, pág. 125), así como la de tres jovencísimos magistrados que dieron vida al primer comentario analítico de nuestra Constitución (C. GIANNATTASIO, en G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949, pág. 328).

(16) *Atti Ass. cost.*, sesión antemeridiana de 24 de octubre de 1947, vol. IV, cit., págs. 3511 y sigs.

ponsabilidad por los actos realizados en el ejercicio del cargo, nada se dice de los efectuados fuera del mismo; debe considerarse que tales están sujetos a responsabilidad; pero la Subcomisión ha considerado que, o bien se tratará de violaciones leves, en cuyo caso no se dará curso a los procedimientos, o bien de violaciones graves, que harán imposible su permanencia en el cargo, supuestos en los que se estará ante una de las causas de incapacidad recogidos en otra parte de la Constitución. El argumento resulta tan delicado que la Comisión consideró en su momento que era mejor dejar su resolución a la praxis.»

Tras la intervención decididamente contraria del honorable Calosso, que subrayó, entre otros, que no era democrático «despojar a la judicatura de una parte de sus funciones» (17), y la del honorable Fabbri, que exaltó «la brillante solución del silencio, porque en una Constitución no se pueden prever todas las infinitas hipótesis» (18), la Asamblea constituyente rechazó el siguiente artículo añadido, propuesto por el honorable Monticelli: «El Presidente de la República no puede, mientras desempeñe su cargo, ser sometido a procedimiento penal por hechos ajenos al ejercicio de sus funciones» (19).

Ante una decisión tan clara, el silencio «consciente» —como había justamente pronosticado Ruini en la primera parte de su intervención— asume un significado totalmente diverso. Yuxtapuesto a la proclamada irresponsabilidad funcional significa, de hecho, que respecto de los comportamientos extrafuncionales, el Presidente de la República es, como cualquier otro ciudadano, penalmente responsable.

Sin embargo, siendo realistas, la sanción del incapacidad —anhelada por Tosato y retomada por el propio Ruini en el texto anteriormente reproducido— sólo podría tener cabida una vez que la sentencia penal de condena fuera definitiva (20).

---

(17) *Atti Ass. cost.*, sesión antemeridiana de 24 de octubre de 1947, vol. IV, cit., pág. 3513.

(18) *Atti Ass. cost.*, sesión antemeridiana de 24 de octubre de 1947, vol. IV, cit., pág. 3516.

(19) *Atti Ass. cost.*, sesión antemeridiana de 24 de octubre de 1947, vol. IV, cit., pág. 3516.

(20) En el mismo sentido, L. CARLASSARE, «Art. 90», en Giuseppe BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1983, pág. 153.

### 3. *Los argumentos textuales, de fuentes legislativas, contrarios a la tesis de la improcedibilidad temporal de la acción penal contra el Presidente de la República por delitos extrafuncionales. La supuesta praxis favorable a la improcedibilidad. Crítica*

Dicho lo cual, debe añadirse que existen dos argumentos textuales contrarios a la tesis de la improcedibilidad temporal de la acción penal contra el Presidente de la República, por lo demás, todavía defendida por diversos autores (21).

(21) En sentido favorable a la improcedibilidad por delitos extrafuncionales, véase E. CROSA, «Gli organi costituzionali dello Stato e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana», cit., págs. 917 y sigs.; C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, VI ed., Torino, Utet, 1963, págs. 280 y sigs.; G. MONTALBANO, «I reati di competenza della Corte costituzionale», en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, pág. 396; F. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, XV ed., vol. I, Padova, Cedam, 1972, pág. 429; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., t. I, Padova, Cedam, 1975, pág. 542; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, Utet, 1982, pág. 699; G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986, pág. 191; A. MELONCELLI, *Diritto pubblico*, II ed., Bologna, Maggioli, 1992, pág. 638; A. BALDASSARRE, en G. AMATO y A. BARBERA (eds.), *Manuale di diritto pubblico*, V ed., vol. II, Bologna, Il Mulino, 1997, pág. 249; F. CUOCOLO, *Principi di diritto costituzionale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1996, págs. 598 y sigs.; id., *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, IV ed., 2006, págs. 330 y sigs.; U. DE SIERVO, «La responsabilità penal del Capo dello Stato», en M. LUCIANI y M. VOLPI (eds.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1997, págs. 360 y sigs.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, XI ed., 2005, pág. 439; G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XI ed., Bologna, Zanichelli, 2007, pág. 453; T. F. GIUPPONI, *La sentenza sul «lodo Alfano»: le possibili prospettive di riforma*, en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 de noviembre de 2009); M. MAZZIOTTI DI CELSO y G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Padova, Cedam, 2010, págs. 401 y sigs.

En sentido contrario a la improcedibilidad, véase A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., pág. 125; C. GIANNATTASIO, en G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, cit., pág. 328; L. CARLASSARE, «Art. 90», cit., págs. 151 y sigs.; T. MARCHI, «Il Capo dello Stato», en P. CALAMANDREI y A. LEVI (eds.), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, vol. II, Firenze, Barbera, 1950, pág. 122; A. PAGLIARO, voz «Immunità (diritto penale)», en *Enciclopedia del diritto (Enc. dir.)*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, pág. 214; C. TAORMINA, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Milano, Giuffrè, 1978, pág. 86; A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Milano, Giuffrè, 1981, pág. 184; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, Cedam, 1984, pág. 458; G. DI RAIMO, voz «Reati ministeriali», en *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pág. 1159; F. DIMORA, *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 112; G. FERRARA, «Sulla responsabilità penal del Presidente della Repubblica», en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, págs. 592 y sigs. (aunque con ciertas perplejidades de las que me ocuparé en el punto núm. 4); A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Napoli, Jovene, 1997, págs. 462 y sigs.; A. PACE, *I limiti del potere*, cit., págs. 24 y sigs.; P. VERNESI, voz «Responsabilità penal costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)», en *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Torino, Utet, 1997, pág. 278; L. PALADIN, *Diritto*

El primer argumento es el siguiente: los artículos 8.3, 9.2, 10.1 y 2 de la Ley núm. 219, de 5 de junio de 1989, disponen que, cuando el Comité parlamentario para los juicios por acusación considere que no debe iniciarse procedimiento porque los hechos realizados no encajan en ninguno de los delitos previstos por el artículo 90 de la Constitución, o cuando el Parlamento, en sesión conjunta, se declare incompetente, los actos se transmitirán a la autoridad judicial para que, evidentemente, ésta proceda sin ulteriores obstáculos (22).

El segundo argumento —propuesto por mí hace años (23)— es el siguiente: ninguna norma, ni en materia penal (art. 159 del Código Penal), ni mucho menos en materia civil (arts. 2.941 y 2.942 del Código Civil), identifica el *status* del Presidente de la República como causa de impedimento o suspensión del decurso de la prescripción. Esto constituye una razón válida para sostener que no existe ninguna improcedibilidad respecto de las acciones penales y civiles contra el Jefe del Estado por hechos ajenos a sus funciones, no pudiéndose prever contemporáneamente una causa de suspensión del proceso sin disponer, al mismo tiempo, la aplicabilidad al caso del artículo 159 del Código Penal (24) (resultan significativos el art. 1 de la Ley núm. 140 de 2003 y el artículo único de la Ley núm. 124 de 2008, de los que me ocuparé a continuación). En caso contrario, la previsión de la improcedibilidad temporal no sería más que un expediente para introducir una inmunidad de forma enmascarada, al menos en lo relativo a los llamados delitos menores (corrupción, abuso de poder, homicidio culposo no agravado, violencia privada, etc.) (25). En conclusión, si no se prevé

---

*costituzionale*, III ed., Padova, Cedam, 1998, pág. 455; A. SPADARO, «Art. 90», en R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (eds.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, pág. 1755; V. ONIDA y M. PEDRAZZA GORLERO (eds.), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pág. 213; C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Napoli, Jovene, 2009, pág. 341; F. POLITI, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, pág. 230.

(22) Véase al respecto, G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., págs. 594 y sigs., y previamente, con referencia a la normativa precedente, L. CARLASSARE, «Art. 90», cit., pág. 152.

(23) *I limiti del potere*, cit., pág. 26.

(24) T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., pág. 439, admite tranquilamente que el decurso de la prescripción, durante el septenio, determina la prescripción del delito, pero sin evidenciar las consecuencias.

(25) Respectivamente artículos 319, 323, 589 y 610 del CP. La lista de los llamados delitos menores que prescribirían en el caso de que se aceptase la tesis de la improcedibilidad es impresionante. A los delitos indicados en el texto deben añadirse, sin pretensiones de ofrecer un elenco cerrado, y sin entrar a discutir si el titular de un alto cargo del Estado pueda mancharse con un ilícito de este tipo, los siguientes: participación y asociación subversiva (art. 270, apdo. 2, CP), malversación con daño para el Estado (art. 316 *bis* CP), violencia (art. 336 CP) y resistencia a la autoridad pública (art. 337 CP), calumnia (art. 368 CP), falso testimonio (art. 372 CP), trato de

la suspensión no subsiste la improcedibilidad; y si no existe la improcedibilidad, el magistrado tiene el deber de continuar el proceso.

Esta conclusión no se ve desmentida por una praxis contraria que, tras lo dicho, sería en todo caso ilegítima o, es más, ilícita.

No hay una praxis contraria en materia civil ya que, como es sabido, en los procedimientos civiles de indemnización por daños causados por difamación, promovidos por los honorables Onorato y Flamigni contra el Presidente Cossiga, el Tribunal Constitucional ha establecido que corresponde al juez ordinario «decidir respecto de la aplicabilidad al caso concreto, en el contexto de las circunstancias del hecho, de la cláusula excepcional de exclusión de responsabilidad» (26), y la judicatura ordinaria ha establecido la plena responsabilidad del demandado por las expresiones extrafuncionales (27). Antes al contrario, debe añadirse que en la decisión sobre el fondo, no se suspendió la acción civil durante el breve lapso transcurrido entre la notificación del acto de citación (6 de marzo de 1992) y el término del septenio (24 de junio del mismo año), argumento que el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 154 de 2004, consideró en todo caso irrelevante al adoptar su decisión (28).

No existe tampoco una praxis diversa en materia penal. Todos los que, a favor de la improcedibilidad invocan el «precedente» del procedimiento penal iniciado, entre otras personas, contra el Presidente Scalfaro (29) (y posteriormente archivado en 2001 por falta de fundamento), no tienen en cuenta, obviamente,

---

favor (art. 378 CP), participación y asociación para delinquir (art. 416, apdo. 2, CP), falsedad en acto público (art. 476 CP), falsedad ideológica [*falsedad en documento público relativa a las declaraciones, N. de la T.*] (art. 479 CP), fraude mercantil (art. 515 CP), incesto (art. 564 CP), maltrato familiar (art. 572 CP), actos de persecución y acoso (*stalking*) (art. 612 *bis* CP), violación del domicilio (art. 614 CP), acceso abusivo a sistemas informáticos (art. 615 *ter* CP), interceptaciones ilegales (art. 617 CP), hurto en domicilio (art. 624 *bis* CP), estafa —incluso agravada— (art. 640 CP) y fraude informático (art. 640 *ter* CP).

Es interesante recordar que, durante los trabajos de la II Subcomisión, Sección primera, el honorable Fabbri (en *Atti Ass. cost.*, sesión de tarde, 4 de enero de 1947, vol. VIII, cit., 1770) distinguió, desde el punto de vista de las consecuencias de la improcedibilidad, los delitos menos graves y los graves, observando que, en el segundo caso, el decurso de la prescripción no era tal... como para determinar la extinción del delito.

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154 de 2004, *Fundamentos Jurídicos*, núm. 5.

(27) Véase Tribunal de Roma, 22 de junio de 1993; Casación, sección III civil, de 27 de junio de 2000, núm. 8734; Apelación Roma, sección II civil, de 23 de septiembre de 2004, núm. 4024; Casación sección III civil, de 23 de febrero de 2010, núm. 4325.

(28) Tribunal Constitucional, sentencia núm. 154 de 2004, *Fundamentos Jurídicos*, núm. 6.

(29) En este sentido, por ejemplo, T. F. GIUPPONI, «La sentenza sul “lodo Alfano”: le possibili prospettive di riforma», en *www.forumcostituzionale.it* (24 de noviembre de 2009).

que en este caso se trataba de un delito vinculado al ejercicio de sus funciones, supuestamente cometido por el honorable Scalfaro cuando todavía era Ministro de Interior (30). No existía, por tanto, razón alguna por la cual el Tribunal de Ministros no debiera actuar, al tratarse de un delito ministerial (art. 96 de la Constitución), que no puede implicar, dada su incuestionable gravedad (desde el punto de vista institucional), ningún tipo de suspensión (31), lo que puede ser igualmente aplicable al procedimiento que eventualmente pudiera iniciarse contra el Presidente de la República por alta traición y atentado contra la Constitución (art. 90 de la Constitución) (32).

El hecho de que el procedimiento contra el honorable Scalfaro, ex Ministro de Interior, no fuera tempestivamente alegado por el Presidente Ciampi durante la Ley núm. 140 de 2003, ni por el Presidente Napolitano con referencia a la Ley núm. 124 de 2008, ni tomado en consideración en el momento de aprobarse tales leyes, es significativo de hasta qué punto tal precedente —admitiendo que lo fuera— era discutible.

---

(30) El error nace de la arbitraria omisión del nombre del entonces Presidente Scalfaro del fascículo, en el que sí se incluían los datos de los otros dos ex Ministros, enviado al Tribunal de Ministros. En el comunicado ANSA [*agencia de prensa italiana, N. de la T.*] de 12 de noviembre de 1993 —integralmente reproducido y criticado por G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., pág. 587 nota 2—, el entonces fiscal de la República de Roma, Vittorio Mele, precisó, entre otros, que «el nombre del Presidente de la República no aparece en el acto de envío del fascículo al Tribunal de Ministros al no ser posible, por disposición constitucional (*sic*), iniciar ningún tipo de investigación contra el mismo».

(31) En este sentido véase, con su habitual agudeza, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., págs. 458 y sigs. A modo de confirmación, recuerdo que en la memoria de la Presidencia del Consejo respecto del procedimiento de constitucionalidad del artículo 1 de la Ley núm. 140 de 2003, la Abogacía General del Estado subrayó que «la persecución de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones no puede dilatarse, dada la «relevancia de carácter general de los intereses implicados» y su «incuestionable mayor gravedad desde el punto de vista institucional» (Tribunal Constitucional, sentencia núm. 24 de 2004, *consideraciones de hecho*, núm. 4).

(32) Véase al respecto el artículo 12.4 de la Ley Constitucional de 11 de marzo de 1953, núm. 1, que prevé que tras la deliberación de acusación (*stato di accusa*), el Tribunal Constitucional puede disponer la suspensión del cargo. Por lo demás, sería absurdo que un proceso que puede conducir a destituir al Presidente de su cargo, no pueda ser celebrado mientras que éste ocupe dicho cargo.

4. *Mi discrepancia frente a la tesis de que, «por razones de oportunidad y de conveniencia», la Asamblea constituyente habría omitido la previsión de un órgano del mismo nivel 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 manifestadas por mi amigo y colega Gianni Ferrara, quien, en un hermoso ensayo publicado en 1995, tras haber evidenciado con claridad que, tanto a nivel constitucional como legislativo, nuestro ordenamiento prevé la responsabilidad penal extrafuncional del Presidente de la República, así como la procedencia de la correspondiente acción penal contra el mismo, ofrece de forma inesperada algunas justificaciones para la omisión realizada por el entonces Fiscal de la República ante el Tribunal de Roma, con ocasión del procedimiento penal relativo a los fondos negros del SISDE [*servicios de inteligencia de la época, N. de la T.*]. De hecho, el magistrado había transmitido al Tribunal de Ministros los actos relativos a otros dos ex Ministros de Interior, pero no los relativos al honorable Oscar Luigi Scalfaro, en aquel entonces Presidente de la República e igualmente ex Ministro de Interior, alegando la inexistencia de una disposición constitucional a tal respecto.

Ferrara encuentra una justificación de tal omisión, en primer lugar, en la exigencia del Estado «de disponer de sus órganos imprescindibles y de poder contar con la plena autonomía y la serena libertad de los titulares de dichos órganos para ejercer las funciones que tienen atribuidas» (33) (al frente de la cual el texto literal de la Constitución se convertiría en «recesivo») (34) y, en segundo lugar, en el hecho de que «por razones de oportunidad y de conveniencia» la Comisión para la Constitución había decidido no incluir «en el artículo ninguna disposición relativa a la responsabilidad penal por los delitos comunes del Presidente de la República» (35).

Comienzo por este segundo argumento, vinculado a lo que el honorable Fabbri calificó como «la brillante solución del silencio». En verdad, esta solución era una verdadera tontería. El silencio, en las normas jurídicas, nunca está desprovisto de sentido, dependiendo éste del contexto en el cual el silencio insiste. En el caso concreto, como enfatizó el Presidente Ruini, la derogación de

---

(33) G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., pág. 596.

(34) G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., pág. 596.

(35) Hon. Tosato, en *Atti Ass. cost., II sottocomm., Prima sezione*, cit., pág. 1769.

los principios generales venía dada por la irresponsabilidad presidencial por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, y no por la competencia de la judicatura ordinaria. Así pues, el silencio habría implicado, lógicamente, la aplicación de las normas generales. A ello debe añadirse que el rechazo de la enmienda Bettiol sustrae cualquier atisbo de fundamentación a la tesis contraria.

De forma similar, las «razones de oportunidad y conveniencia» a las que aludía Tossato, eran y han de ser contextualizadas. Si tales razones tenían la fuerza de imponerse en los años en que fue redactada la Constitución, así como en los inmediatamente sucesivos —en los que la responsabilidad política y moral de los titulares de los más altos cargos institucionales y políticos se tenía en alta consideración (36), y, por tanto, era lícito suponer que las dimisiones espontáneas habrían sustituido las normas incriminatorias (¡incluso en ausencia de las mismas!)—, tales «razones de oportunidad y conveniencia» eran ya mucho menos creíbles en 1994, cuando Ferrara escribió su ensayo.

Por el contrario, los muchos y conocidos ejemplos de insensibilidad institucional llevan a considerar que, en términos generales, la responsabilidad política y moral no goza de buena salud en la actualidad (constituyendo, a día de hoy, el patrimonio personal de un pequeño grupo de políticos) y, por tanto, hay que considerar que las «razones de oportunidad y conveniencia» a las que Ferrara hace referencia están actualmente fuera de lugar. En consecuencia, siendo impropio hablar de una «laguna aparente» (37), la Constitución debe interpretarse tal y como fue redactada en 1947, sin ninguna disposición específica relativa a los delitos extrafuncionales del Jefe del Estado, por lo que la competencia para

---

(36) Baste recordar, a tal efecto, las dimisiones anticipadas del Presidente de la República Giovanni Leone, implicado en los escándalos y en el presunto nepotismo denunciado en un libro de Camilla Cederna, quien, sin embargo, fue posteriormente condenada a indemnizar los daños causados. Otro tanto podría decirse de la carrera política de Attilio Piccioni que, pese a haber sido uno de los fundadores de la Democracia Cristiana, y considerado por muchos como el delfín de Alcide de Gasperi, se vio involucrado en el delito Montesi (en el cual uno de sus hijos estuvo implicado).

(37) Respecto de las aparentes lagunas, véase C. ESPOSITO, «*La consuetudine costituzionale*», en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1961, págs. 626 y sigs.; C. MORTATI, voz «*Costituzione dello Stato*», en *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pág. 201. Como observa Mortati en el texto citado, las aparentes lagunas hacen «pasar por verdaderas lo que en realidad son tan sólo pseudo lagunas con las que eludir el obstáculo puesto por el documento constitucional para alcanzar el fin político perseguido».

El ejemplo más vistoso de una laguna aparente en nuestra historia constitucional fue el de hacer creer que el estatuto Albertino careciese, por un mero error de los compiladores, de una cláusula de revisión constitucional, y que, por tanto, para reformarlo fuera posible aplicar las normas comunes sobre la derogación de las leyes ordinarias. Sobre este punto, véase mi trabajo *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002, en particular las págs. 13, 88 y sigs. y 286.

tales delitos corresponde al juez ordinario, y no existe improcedibilidad temporal de la acción penal por razón del cargo.

Faltan los otros dos argumentos defendidos por Ferrara. El primero de ellos es que el comportamiento del entonces Fiscal de la República de Roma podría estar justificado a la luz del grave contexto político en el que se encontraba, contexto en el que la implicación del entonces Presidente de la República habría podido acarrear la disolución anticipada de las Cámaras, dada la notoria gravísima crisis institucional en la que el País se encontraba en ese momento. Un argumento sobre el que, aun con reservas, se podría estar de acuerdo, pero que no puede ser aceptado, dada su especificidad, como apoyo a la tesis de la improcedibilidad temporal de los procesos por delitos extrafuncionales durante el septenio, al ser esta justificación exquisitamente política.

Resulta incluso más difícil compartir la segunda observación de Ferrara, según la cual el comportamiento del Fiscal de la República de Roma debería «vincularse a razones aún más consistentes», como serían «la fuerza institucional y política de que debe estar revestido el órgano que, incluso antes del ejercicio de la acción penal, puede activar el procedimiento inquisitorio frente al Jefe del Estado» (38). En otras palabras, el Constituyente se habría equivocado al no señalar un órgano del mismo nivel que el Presidente de la República como magistrado competente para perseguir al Jefe del Estado por los eventuales delitos extrafuncionales (39).

El argumento es sugerente, pero declaradamente (demasiado) tributario de la teoría orlandiana de los órganos soberanos, que podía ser asumible en un régimen pre-democrático, desprovisto de una constitución rígida y en el cual la independencia de la judicatura era frágil, pero que ya no lo es en el vigente ordenamiento italiano, en el que nuestra Constitución rígida eleva la judicatura a poder del Estado en todas sus funciones, tanto la de enjuiciamiento como la acusatoria; en el que el principio del juez natural se vincula estrechamente con los ideales de la democracia y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y en el que los obstáculos que cotidianamente se interponen, de manera sistemática, entre los políticos y la acción de la justicia —de los que me ocuparé posteriormente— demuestran la fuerza institucional que ha adquirido la judicatura italiana (40) (aunque —debe admitirse— junto a ella ha brotado, en no pocos magistrados, un nada encomiable afán de protagonismo).

---

(38) G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., pág. 597.

(39) G. FERRARA, «Sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica», cit., pág. 598.

(40) ¡Dejemos a un lado la fuerza política, que está absolutamente fuera de lugar y que no debería ni tan siquiera ser evocada!

En este punto del discurso, tan sólo resta el problema de los medios de que dispone la judicatura, en los procedimientos por delitos extrafuncionales del Jefe del Estado, para investigar la verdad. Ferrara se preocupa de este asunto, preguntándose cuál es la fuerza institucional y política de la que debe estar revestido el órgano que, «incluso antes del ejercicio de la acción penal, puede activar el procedimiento inquisitorio frente al Jefe del Estado».

La solución, sencilla y tranquilizadora, se encuentra a mi juicio en el artículo 7 de la Ley núm. 219 de 1989. Esta disposición prescribe, en efecto, que el comité parlamentario para los juicios por acusación tan sólo puede realizar «intercepciones telefónicas y de otras formas de comunicación, o bien registros personales o domiciliarios» después de que el Tribunal Constitucional haya dispuesto la suspensión del cargo de Presidente.

Puesto que tal norma posee un carácter general (ya que si tal norma es aplicable a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, mucho más graves desde el punto de vista institucional, ha de ser aplicable *a fortiori* a los delitos comunes), ello implica que en los procedimientos penales contra el Presidente de la República por delitos extrafuncionales tampoco puede la judicatura reunir pruebas mediante interceptaciones telefónicas y registros, salvo que, en este último caso, el Presidente haya manifestado su disponibilidad para colaborar.

Lo que significa que, mientras permanezca en su cargo, la acción penal tan sólo podría ser ejercida contra el Presidente de la República cuando el magistrado se encuentre en posesión de pruebas irrefutables —documentales o testimoniales— de culpabilidad. Desde el punto de vista probatorio, ello constituye una disuasión frente a acusaciones penales temerarias contra el Presidente de la República.

## II. LAS IMUNIDADES PENALES EXTRAFUNCIONALES DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

### 5. *Las cuatro disposiciones a favor del Presidente del Consejo y de otros altos cargos. Un primer balance*

Contrariamente a lo que sucede con el Presidente de la República, respecto del cual una parte de la doctrina es favorable a la improcedibilidad temporal respecto de los delitos comunes (41), hay unanimidad en señalar la procedencia

---

(41) Véase *supra* la nota 21.

de los enjuiciamientos ordinarios en los procesos por delitos extrafuncionales contra el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros.

En consecuencia, y dejando a un lado el problema de si corresponde a la autoridad judicial o exclusivamente a la Cámara calificar la naturaleza común o funcional del delito eventualmente atribuido a un Ministro (42), el discurso sobre las inmunidades penales extrafuncionales sería mucho más sencillo y ágil si los Ministros (en 2010) y el Presidente del Consejo (desde 2003) no se hubieran convertido en destinatarios de disposiciones legislativas destinadas a introducir la improcedibilidad temporal en los procesos por delitos extrafuncionales.

Se trata, hasta la fecha, de cuatro disposiciones, una de las cuales se encuentra todavía *in itinere*, lo que no disminuye el interés de su análisis.

La primera disposición (art. 1 de la Ley de 20 de junio de 2003, núm. 140, impropriamente denominada «lodo» Schifani) suspendía los procesos penales por delitos extrafuncionales iniciados, además de contra el Presidente del Consejo de Ministros, contra el Presidente de la República, los Presidentes de las Cámaras y el Presidente del Tribunal Constitucional. Suspendía los procesos aunque estuvieran en curso, e incluso aunque versaran sobre hechos previos a la entrada en vigor de la ley; asimismo, bloqueaba automáticamente la acción civil ejercida en sede penal y desplegaba efectos hasta el cese en el cargo (por lo tanto, era prorrogable en caso de asumir cualquiera de los otros cuatro cargos). La prescripción permanecía en suspenso mientras durase la propia suspensión.

La segunda disposición (artículo único de la Ley de 23 de julio de 2008, núm. 124, impropriamente denominada «lodo» Alfano) aprobada tras la declaración de inconstitucionalidad del llamado lodo Schifani (sentencia núm. 24 de 2004), suspendía los procesos penales por delitos extrafuncionales iniciados, además de contra el Presidente del Consejo de Ministros, contra el Presidente de la República y los Presidentes de las Cámaras. Suspendía los procesos aunque ya estuvieran en curso, e incluso si se referían a hechos previos a la entrada en vigor de la ley. Podía renunciarse a la suspensión, que se mantenía durante todo el tiempo que se estuviese en el cargo o en la función, y no podía prorrogarse salvo en caso de nuevo nombramiento en el curso de la misma legislatura. La prescripción permanecía en suspenso mientras durase la propia suspensión. La parte civil podía transferir la acción a la sede civil.

---

(42) En efecto, véase la sentencia de 24 de julio de 2009, núm. 241, a la que ha seguido un recurso por conflicto de competencias entre poderes del Estado, promovido por el Tribunal de Livorno, sección de Cecina, ordenanza de 18 de diciembre de 2009, en *Gazzetta Ufficiale*, serie especial (Tribunal Constitucional), núm. 40 de 6 de octubre de 2010.

La tercera disposición (arts. 1 y 2 de la Ley de 7 de abril de 2010, núm. 51, propuesta entre otros por el honorable Vietti), aprobada tras la declaración de inconstitucionalidad del llamado lodo Alfano (sentencia núm. 262 de 2009), no suspende el curso de los procedimientos, pero establece que todas las actividades que corresponden a las funciones del Presidente del Consejo de Ministros, identificadas por remisión a determinadas leyes, constituyen un legítimo impedimento, en el sentido del artículo 420 *ter* del Código Procesal Penal, de cara a la comparecencia en las audiencias de los procedimientos penales en los que el *Premier* y los Ministros hayan sido imputados. La prescripción permanece en suspenso mientras dura el reenvío (a una nueva audiencia, *N. de la T.*). Tales disposiciones, señala el núm. 2, «se aplican hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley constitucional que recoja la regulación orgánica de las prerrogativas del Presidente del Consejo de Ministros y de los Ministros, así como la regulación de las modalidades de participación de los mismos en los procesos penales, y en todo caso, sin superar los dieciocho meses desde la fecha de entrada en vigor de la presente ley, en el sentido del artículo 96 de la Constitución, a fin de permitir al Presidente del Consejo de Ministros y a los Ministros el sereno desarrollo de las funciones que les son atribuidas por la Constitución y las leyes».

La cuarta disposición —como se ha dicho, todavía en trámite— es el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS (XVI Legislatura) que, a consecuencia de una enmienda, prevé que cuando la autoridad judicial ordinaria ejerza la acción penal frente al Presidente de la República o al Presidente del Consejo de Ministros, incluso en el caso de procedimientos en curso y «también con relación a hechos previos a la asunción del cargo» (43), o contra los Ministros, en este caso sólo por hechos posteriores a la toma de posesión de su cargo, se dé inmediata cuenta al Senado, si se trata del Presidente de la República, o a la Cámara de pertenencia, si se trata del Presidente del Consejo y de los Ministros, transmitiéndole los actos del proceso. En el plazo de noventa días, durante los cuales el procedimiento se suspende, el Parlamento en sesión conjunta —en el caso del Presidente de la República— y la Cámara competente —en el caso del *Premier* y de los Ministros— pueden decidir la suspensión del proceso. Esta suspensión será efectiva mientras dure el cargo o la función,

---

(43) A este respecto, inexplicablemente, los promotores ¡se habían olvidado precisamente de la referencia al Presidente del Consejo! De ahí la enmienda Vizzini núm. 01.100 presentada el 19 de octubre de 2010, que tanto ruido generó en la opinión pública, aunque habría sido muy extraño que no se hubiera incluido en el texto, toda vez que los asuntos procesales que interesan al honorable Berlusconi son prevalentemente, si no exclusivamente, los relativos a hechos realizados antes de ocupar su cargo.

y la prescripción permanece asimismo en suspenso mientras dure dicha suspensión. En el caso de que se constituya una parte civil, ésta podrá transferir la acción a sede civil.

Probemos a realizar un primer balance de estas cuatro disposiciones.

Respecto de los cargos «tutelados», resulta que el Presidente del Tribunal Constitucional se ve beneficiado una sola vez (sobre todo... gracias a una generosa *aberratio ictus* de la llamada Ley Schifani, que no había tenido en cuenta el artículo 3 de la Ley constitucional núm. 1 de 1948, que ya tutelaba adecuadamente al Presidente del Tribunal Constitucional, incluso por los hechos extrafuncionales) (44); los Presidentes de las Cámaras y los Ministros, en dos de las cuatro disposiciones; el Presidente de la República, tres veces de cuatro (de forma discontinua, ya que el Jefe del Estado desaparece en la tercera disposición para reaparecer en la cuarta). El Presidente del Consejo es el único que siempre resulta beneficiado por las disposiciones.

En las cuatro disposiciones, la suspensión afecta exclusivamente a los procesos penales por delitos extrafuncionales, aplicándose a los procesos en curso incluso «si se refieren a hechos previos a la asunción del cargo». Como ya se ha advertido en una nota al pie, este último inciso —evidentemente un «copia-pegar» mal hecho— no aparecía en el texto original del proyecto de Ley constitucional núm. 2180 en referencia al Presidente del Consejo y los Ministros. De ahí la enmienda «reparadora» del senador Vizzini núm. 01.100 presentada el 19 de octubre de 2010 (que, sin embargo, no incluye a los Ministros, lo que confirmaría la opinión de que habrían sido incluidos en el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 tan sólo con fines «decorativos»).

El hecho de que el Presidente del Consejo sea el único beneficiario de las cuatro disposiciones, y que éstas se apliquen también a los procedimientos en curso, incluso «si se refieren a hechos previos a la asunción del cargo», hace evidente e indiscutible, incluso desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo que todo el mundo sabe y dice (incluso el Ministro de Justicia y los parlamentarios de la mayoría lo dicen abiertamente), pero lo que el Tribunal Constitucional —en cuanto juez de las leyes que se presumen abstractas y generales— no ha convertido hasta ahora en objeto de consideración específica, esto es, que las cuatro leyes que aquí se examinan tenían y tienen una única finalidad: imponer «a la jurisdicción penal una especie de *stand by* por razón del *munus publicum* de que goza el imputado, quien, de hecho, deviene improcesable mientras dure

---

(44) Véanse las palabras que el Tribunal ha subrayado, de manera amable pero firme, en la parte final del Fundamento Jurídico núm. 8 de la sentencia núm. 24 de 2004.

su mandato» (45) (obviamente, respecto de los delitos comunes, incluso si se hubiesen cometido antes de asumir el cargo).

En definitiva, más allá de las apariencias, el beneficiario es uno solo (46), ya sea porque es el único que siempre está presente, ya sea porque son sus propios asuntos procesales previos a su cargo los que lo hacen evidente. Los otros sujetos indirectamente beneficiados en consideración al cargo que ocupan son —*absit iniura verbis*— tan sólo secundarios para un único fin: evitar que incluso el elector más estúpido se dé cuenta de la gravedad del privilegio personal que, bajo la apariencia de una prerrogativa propia del cargo, es reconocido a un único sujeto.

6. *La Ley Vietti relativa al legítimo impedimento. «El sereno desarrollo de las funciones» en las sentencias núm. 24 de 2004 y 262 de 2009*

Dicho esto, me ocuparé especialmente de la llamada ley sobre el legítimo impedimento, por cuanto el análisis de esta disposición —la única vigente de las cuatro examinadas previamente— consiente realizar una precisión preliminar que me parece necesaria.

Ciertamente, la Ley núm. 51 de 2010 individualiza de forma explícita su *ratio* en la tutela del «sereno desarrollo de las funciones atribuidas por la Constitución y las leyes» (art. 2.1 *in fine*), con referencia incluso a delitos funcionales cometidos por el titular del cargo. Lo que, sin éxito, había sido defendido con anterioridad ante el Tribunal Constitucional por la Presidencia del Consejo y por la defensa del honorable Berlusconi, tanto en el juicio de legitimidad de la Ley Schifani como en el relativo a la Ley Alfano. La misma *ratio* fue igualmente invocada por los promotores en el *incipit* del informe adjunto al llamado lodo Alfano constitucionalizado (proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS) (47).

---

(45) G. GIOSTRA, «Repetita non iuvent», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pág. 3708.

(46) ... como, por lo demás, se desprende de la carta dirigida por el honorable Berlusconi al Presidente del Senado Schifani, el 26 de junio de 2008 —esto es, pocos días antes de la aprobación del llamado lodo Alfano—, en la que se lamentaba de «la obstinada inclinación de los magistrados milaneses a perseguir penalmente al *Premier* en activo». En este sentido, R. ORLANDI, «Illegittimi privilegi», en *Cassazione penale*, 2010, pág. 45, quien pone de manifiesto con precisión cómo, incluso en el caso de que esta crítica fuera cierta, la ley procesal ofrecía al Presidente del Consejo la recusación como medio «para hacer frente y remediar este tipo de desviaciones».

(47) «Honorables senadores, el presente proyecto de Ley constitucional contiene disposiciones para tutelar el interés del sereno desarrollo de las funciones atribuidas a los altos cargos del Estado...»

Así pues, se ha insistido de forma voluntaria en un equívoco creado a propósito por los defensores del Presidente del Consejo y del honorable Berlusconi en los procesos cerrados por las sentencias núms. 24 de 2004 y 262 de 2009, esto es, hacer pasar por tutela procesal de la función lo que, de hecho, al afectar a delitos comunes, no es más que la tutela procesal de la persona física que ocupa el cargo. Un equívoco en el que el Tribunal Constitucional no ha caído ni en la primera ni en la segunda de sus sentencias.

En la sentencia núm. 24 de 2004, el Tribunal ha afirmado que «el bien que la medida examinada quiere tutelar debe ser identificado con la protección del sereno desarrollo de las relevantes funciones inherentes a dichos cargos», y este bien constituiría el fundamento de la «pretensión absoluta de legítimo impedimento» (FJ 4, *ab initio*). Pero estas dos afirmaciones del Tribunal no son la conclusión del discurso (como afirman y quieren hacer creer los defensores de las citadas iniciativas legislativas), sino que se sitúan al comienzo del verdadero análisis de la cuestión. Constituyen, por decirlo de algún modo, el *thema decidendum*. Tanto es así que, al término del propio fundamento núm. 4, el Tribunal señala: «En este momento es necesario verificar y valorar de qué modo la norma incide en los principios del proceso y en las posiciones y derechos en él implicados».

Habiendo rechazado el Tribunal, con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Schifani, la tesis de que la Ley núm. 140 de 2003 efectivamente asegurase el «sereno desarrollo de las relevantes funciones inherentes a dichos cargos», no se comprende cómo aquellas palabras iniciales puedan representar, en positivo, el pensamiento del Tribunal, y cómo han podido ser posteriormente utilizadas en ese sentido. De hecho, en el examen específico del artículo 1 de la Ley núm. 140 de 2003, resulta claro para el Tribunal que la Ley Schifani disponía la tutela para la persona física titular del cargo (y no para el cargo), creando en consecuencia «un régimen diferenciado respecto del ejercicio de la jurisdicción» (FJ 6, *ab initio*).

El propio Tribunal Constitucional retoma estos párrafos de la sentencia núm. 24 de 2004 en la posterior sentencia núm. 262 de 2009, llegando a conclusiones análogas pero de forma más categórica. Tras haberlos resumido, el Tribunal concluye así: «De tales afirmaciones inequívocas se desprende el colorario de que la suspensión procesal prevista por la Ley núm. 140 de 2003 tiene por *ratio* proteger la función pública, asegurando a los titulares de los cargos el sereno desarrollo de sus funciones (e, indirectamente, de las del órgano al que pertenecen) por medio de la atribución de un *status* de protección específico». Y, de forma muy significativa, añade: «No es relevante, así pues, el aspecto psicológico, individual y contingente de la serenidad subjetiva del concreto titular del cargo estatal, sino tan sólo la protección objetiva del normal desarrollo de

las actividades vinculadas al propio cargo...». Tendremos ocasión de volver sobre este importantísimo punto.

Toda vez que, para justificar que la suspensión fuera renunciabile (art. 1.2 de la Ley Alfano), los defensores del honorable Berlusconi habían sostenido «con temeridad» (48) que el legítimo impedimento era tutelado por la Ley núm. 124 de 2008 como un aspecto del derecho de defensa «personal» del Presidente del Consejo, más de lo que el artículo 24 de la Constitución tutela al resto de ciudadanos (según los defensores del honorable Berlusconi la suspensión procesal servía al *Premier*, además, ¡para prepararse para la audiencia!), el Tribunal subraya que «sería intrínsecamente irracional y desproporcionado, respecto a la susodicha finalidad (la tutela del derecho de defensa: n.d.r.) establecer una presunción legal absoluta de legítimo impedimento derivada del mero hecho de ser titular de un cargo».

Lo que, como inmediatamente advirtió la doctrina, sonaba como un *de profundis* por la ley sobre el legítimo impedimento (Ley núm. 51 de 2010) incluso antes de ser aprobada (49).

7. *«El sereno desarrollo» puede ser alegado tan sólo en referencia a actos y hechos de la función. La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Clinton vs. Jones y la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 225 de 2001*

En realidad, debería quedar muy claro que nuestro ordenamiento, como todos, tutela «el sereno desarrollo de las funciones atribuidas por la Constitución y las leyes» tan sólo en lo que corresponde al ejercicio de las funciones ejercidas por el titular del cargo.

De ahí deriva la regulación sustantiva especial que tutela la inviolabilidad de los parlamentarios por sus votos y opiniones prevista en el artículo 68.1, y la procesal que tutela su *status*, prevista en el artículo 68.2 y 3 de la Constitución; la especial regulación sustantiva y procesal prevista por el artículo 90 de la Constitución y por la Ley constitucional núm. 1 de 1989, para los delitos cometidos por el Presidente de la República en el ejercicio de su cargo; por último, la regulación

---

(48) ... tal vez sin pararse a pensar en el hecho de que la defensa personal no es admitida ante el Tribunal de Casación, pese a lo cual, incluso los procesos en casación habrían sido suspendidos *ex lege*. En este sentido, G. GIOSTRA, «Repetita non iuvant», cit., págs. 3709 y sigs.

(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.

procesal especial prevista por el artículo 122.4 de la Constitución para tutelar la inviolabilidad de los votos y las opiniones de los consejeros regionales.

En la sentencia núm. 262 de 2009, aclarando algunas ambigüedades presentes en la sentencia núm. 24 de 2004, el Tribunal, siguiendo la línea que aquí se ha mantenido hasta ahora, reconoce que a través del trámite de la previsión de una prerrogativa constitucional bien puede ser asegurado «a los titulares de los altos cargos el sereno desarrollo de sus funciones (e, indirectamente, de las funciones del órgano al que pertenecen)» y que, en este sentido, la suspensión procesal por razón del *status* también podría ser considerada una prerrogativa constitucional, pero siempre que su *ratio* sea la de proteger la función pública» (50).

Dicho esto, el Tribunal —como ya se ha señalado— subraya que, cuando se habla de «sereno desarrollo de las funciones» «no entra en juego [...] el aspecto psicológico, individual y contingente de la serenidad subjetiva del concreto titular del cargo estatal, sino tan sólo la protección objetiva del normal desarrollo de las actividades vinculadas al propio cargo...». Ergo, para el Tribunal Constitucional, la tutela del sereno desarrollo tiene razón de ser por referencia a los actos y los hechos vinculados con ejercicio de las funciones. Y tal razón de ser no es la defensa en un proceso por delitos extrafuncionales.

Así pues, merece la pena recordar, una vez más, que ésta fue la línea de razonamiento seguida por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). Durante el recurso interpuesto frente a una decisión contraria del Tribunal federal de apelación, el Presidente Clinton —citado en el procedimiento civil de indemnización por daños causados por las molestias sexuales infligidas a la señora Jones antes de asumir el cargo presidencial— había sostenido, de manera similar a lo que alegaría el Presidente Berlusconi en el procedimiento concluido con la sentencia núm. 262 de 2009, que sus compromisos institucionales eran tan importantes que no le permitían ocuparse de otra cosa, y que, por tanto, el proceso debía ser suspendido hasta la conclusión del mandato presidencial. La Corte Suprema rechazó el recurso prácticamente por unanimidad (51), y en la sentencia dictada en el caso, rechazó en primer lugar el precedente del caso *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 755, 758 (1982), subrayando cómo, en su jurisprudencia, la Corte Suprema nunca había aceptado que «el Presidente, o cualquier otro funcionario público, gozase

---

(50) G. GIOSTRA, «Repetita non iuvant», cit., págs. 3715 y sigs., recuerda cómo la doctrina ha puesto oportunamente de manifiesto los muchos inconvenientes técnicos derivados del *black out* procesal que conlleva la suspensión *ex lege*.

(51) Fueron siete los *justices* favorables a la «*opinion for the Court*» redactada por el *justice* Stevens. El *justice* Breyer expresó una «*concurring opinion*». Así pues, no existieron desacuerdos en cuanto a la votación.

de inmunidad por las actividades ajenas 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 v. White*, 484 U.S. 219, 229-230 (1998)].

Por lo que respecta a la pretendida inmunidad temporal planteada por la defensa del Presidente Clinton en consideración a las peculiaridades y la onerosidad del cargo presidencial (un «cargo tan único, con responsabilidades y poderes tan vastos e importantes, que el interés público le exige dedicar a los deberes públicos todo su tiempo y su atención»), la Corte Suprema negó que, como fundamento, pudiera acudir a la doctrina de la separación de poderes, por cuanto la señora Jones se había limitado a pedir al susodicho Tribunal federal que ejerciera con normalidad las funciones constitucionalmente previstas por el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos para un caso relativo a comportamientos privados y no a actividades propias de las funciones de un cargo del Ejecutivo.

Excluida la tutela constitucional del legítimo impedimento basado en el ejercicio de un cargo público, la Corte Suprema tuvo cuidado, sin embargo, de advertir que pertenece a la competencia del Tribunal de distrito valorar la oportunidad de establecer, en algunos casos, eventuales reenvíos de la deliberación. Dicho con otras palabras, según la Corte Suprema, no es necesaria una previsión legal de la inmunidad procesal provisional por delitos extrafuncionales, toda vez que el problema puede ser resuelto fácilmente por el Tribunal federal correspondiente, acomodando las exigencias del calendario de audiencias con las de la defensa del Presidente.

Lo que, a fin de cuentas, es lo mismo que el propio Tribunal Constitucional había planteado en la sentencia núm. 225 de 2001, que decide el conflicto planteado por el Senado de la República contra el juez de instrucción del Tribunal de Milán, en la que había observado que «para resolver el conflicto no es necesario individuar reglas especiales, derogatorias del Derecho común», y que «en línea de principio, no sería imposible adaptar el calendario de las audiencias, establecidas previamente y de común acuerdo con las partes, de forma que se tuviera en cuenta los compromisos parlamentarios concomitantes previstos por el imputado». De hecho, es bien sabido que existen días de la semana (en líneas generales, al menos el lunes y el sábado, así como naturalmente el domingo) y períodos del año en los que no se programan reuniones de los órganos parlamentarios» (52).

---

(52) Tribunal Constitucional, sentencia núm. 225 de 2001, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, págs. 1974 y sigs., en especial págs. 1986 y sigs.

A lo que ha de añadirse que, por su parte, el Tribunal de Casación, primera sección penal, había establecido en la sentencia de 9 de mayo de 1995, núm. 2832 (53), que el artículo 2 de la Ley de 27 de mayo de 1949, núm. 2832, que establecía la prohibición de actividades procesales en los días festivos, posee una función meramente directiva, cuya violación carece de sanción.

De todo ello se desprende que, de quererlo, todos los hipotéticos impedimentos podrían ser superados sin dificultad, con un poco de buena voluntad por parte tanto del juez como de las partes interesadas. Más importante, se deriva que la tesis según la cual el *status* de Presidente de la República, de Presidente del Consejo y de Ministro sería incompatible con la de imputado, se ve normativamente desmentida por los artículos 90 y 96 de la Constitución, por la Ley constitucional núm. 1 de 1989 y por la Ley núm. 219 de 1989 «en las que, implícitamente, se prevén procesos para los altos cargos del Estado» (54).

Volviendo a la crónica cotidiana, ¿cómo es posible sostener, con una cierta seriedad, que los compromisos institucionales del Presidente del Consejo serían tan omnipresentes como para no permitirle presenciar las audiencias en calidad de imputado, si en abril de 2010 el Presidente Berlusconi ha asumido *ad interim* el Ministerio de Desarrollo económico —que, ciertamente, es bastante más exigente que acudir a una audiencia— y lo ha mantenido durante casi cinco meses, a pesar de las apremiantes exigencias de la oposición, de la *Confindustria* y de las organizaciones sindicales de trabajadores para que procediese a proponer al Presidente de la República el nombre del titular de *pleno iure* del Ministerio?

#### 8. *Intermedio. Algunos apuntes más sobre el ordenamiento estadounidense y sobre una propuesta asumible inspirada en el mismo*

Si a continuación se quisiera objetar que los principios afirmados en *Clinton v. Jones* fueron formulados en el marco de un juicio civil por daños, y que, de tratarse de un proceso penal por delitos comunes, la decisión de la Corte Suprema habría sido diversa, es fácil replicar que la Corte Suprema llegaría a las mismas conclusiones, puesto que ya ha establecido, en un incidente procesal relativo a un proceso penal (el asunto *Watergate*), que el *executive privilege* sólo puede ser alegado con referencia a actos propios de la función (55). Por

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

(54) G. GIOSTRA, «Repetita non iuvant», cit., pág. 3711.

(55) Se trata del asunto *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 711 (1974), en el que la *Supreme Court*, teniendo que decidir sobre la legitimidad de una orden de exhibición, emanada por una Corte federal, de ciertos registros de comunicaciones telefónicas relevantes para el proceso penal

otro lado, en dicho ordenamiento no sólo es impensable que un Presidente permanezca en su cargo pese a estar implicado en la comisión de un delito grave [art. III, sección IV (de la Constitución de los Estados Unidos, *N. de la T.*)], sino que debe añadirse que, en el caso de que el Presidente negara el hecho pese a existir elementos que demostrasen lo contrario, correría el riesgo —incluso aunque el hecho cometido no fuera constitutivo de delito (piénsese en el caso *Clinton-Lewinsky*)— de ser sometido a *impeachment* por el Congreso por haber incumplido el compromiso, formalmente asumido a través del juramento antes de aceptar el cargo, de cumplir sus deberes con lealtad.

Así pues, la hipótesis más favorable al Presidente es que le sea reconocido un derecho, en tanto que imputado, a un proceso rápido y veloz (VI enmienda a la Constitución de los Estados Unidos), para evitar tanto una posible dispersión de las pruebas, como el gravísimo perjuicio para la imagen pública, en los Estados Unidos y en el resto del mundo, de un Presidente en ejercicio que, pese a ello, pretenda sustraerse a la acción de la justicia en un caso por delitos comunes (56).

En la misma línea de pensamiento, se ha establecido acertadamente en Italia que «el único modo para limpiar la deshonra, si se es inocente, y para permitir que se recupere la serenidad perdida, debería ser el de la resolución del proceso en un tiempo «razonable», tal y como requiere el artículo 111.2 de la Constitución. Tal vez, respecto de esta última exigencia, la posición del alto cargo institucional podría ser diferenciada, predisponiendo un «carril preferencial» para la resolución del juicio en el que se halla implicado. Se trataría, en cualquier caso, de una derogación, probablemente necesaria, de la Ley constitucional, que podría ser considerada en armonía (o, al menos, no en oposición) con los principios fundamentales del Estado de Derecho, estando dirigida, por lo demás, a tutelar efectivamente el «prestigio de las instituciones», garantizando a un mismo tiempo el derecho de la persona víctima del delito a un inmediato «acceso a un tribunal» (57).

---

contra el Presidente Nixon, dictaminó su legitimidad, por cuanto —afirmó la Corte— el *executive privilege* protege exclusivamente los actos y hechos realizados en el ejercicio de las funciones presidenciales.

(56) L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., New York, Foundation Press, 2000, pág. 756.

(57) M. RUOTOLO, «Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali», en *Giurisprudenza italiana*, 2009, pág. 787.

9. *Sobre la inconstitucionalidad de la Ley núm. 51 de 2010 por vulneración de los artículos 3 y 101 de la Constitución* (58)

Cerrado el interludio comparatista con un cierto toque de atención a una inteligente propuesta *de iure condendo* que, en un país atento a los valores institucionales no dejaría de encontrar el favor *bipartisan* de los más distinguidos políticos, volvamos a la tercera de las cuatro disposiciones.

Ya hemos visto cómo el Tribunal Constitucional, frente a la tesis sostenida por los defensores del honorable Berlusconi, según la cual la suspensión prevista por la Ley Alfano debía considerarse funcional respecto del «especial» derecho de autodefensa del Presidente del Consejo, ha observado, en la sentencia núm. 262 de 2009, que «sería intrínsecamente irrazonable y desproporcionado, respecto a la susodicha finalidad, establecer una presunción legal absoluta de legítimo impedimento derivada del mero hecho de ser titular de un cargo».

---

(58) En su sentencia núm. 23, de 25 de enero de 2011, el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad de la ley en su totalidad, sino tan sólo del artículo 1.4, que imponía al juez la obligación de remisión del proceso con base en el mero atestado por parte de la Presidencia del Consejo (*vid. infra* en el texto); ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 1.3 de la Ley núm. 51 de 2011 «en la parte» en que no preveía que el juez valorase, en las circunstancias concretas, la existencia de un impedimento absoluto por parte del *Premier*; ha declarado infundada la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 1.1 «en tanto en cuanto tal disposición sea interpretada de conformidad con el art. 420 *ter*; apartado 1.º, del Código de Procedimiento Penal» (en otras palabras, el Tribunal, dirigiéndose al juez, le imponía la interpretación del art. 1.1 ... a la luz de art. 420 *ter* del CPP, y ello ¡basándose precisamente en la norma que la Ley núm. 51 pretendía derogar!). Así pues, el Tribunal, a través de una habilidosa operación interpretativa, prácticamente había alineado la Ley núm. 51 de 2011 con el artículo 420 *ter* del CPP.

No obstante, a través de la ordenanza de 1 de febrero de 2011, la Oficina Central para el Referéndum constituida en el Tribunal Supremo de Casación ha considerado que el alcance «ablativo» de la sentencia del Tribunal Constitucional no llegaba hasta el punto de «bloquear» el procedimiento de referéndum dirigido a la abrogación de dicha ley. El referéndum popular, celebrado durante los días 12 y 13 de junio de 2011, ha obtenido los siguientes resultados: ciudadanos con derecho a voto: 50.430.482; votos expresados válidamente: 27.196.612; votos favorables a la abrogación: 25.731.668, equivalentes al 94,6 por 100; votos contrarios: 1.474.934. Por Decreto núm. 115 de 18 de julio de 2011, el Presidente de la República ha declarado derogada la totalidad de la Ley núm. 51 de 2011, con efectos a partir del 21 de julio de 2011.

Todos los observadores han coincidido en considerar que, frente a lo sucedido en el referéndum contra la gestión privada del agua o el referéndum contra la producción de energía nuclear, el referéndum sobre el «legítimo impedimento» del *Premier* y de los Ministros ha sido un referéndum *pro* o contra el Presidente del Consejo Silvio Berlusconi.

Pues bien, pese a esta clara toma de posición, el Parlamento ha aprobado la ley relativa a «Disposiciones en materia de impedimento para comparecer en audiencia» (Ley núm. 51 de 2010), que suscita numerosas perplejidades.

En primer lugar, el artículo 1.1 de dicha ley, en contra de lo establecido por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, sanciona una presunción «absoluta» de «legítimo impedimento» referida no ya a algunas situaciones específicas, sino más bien a través del reenvío a varias disposiciones que, «genéricamente», prescriben cuáles son las atribuciones del *Premier*. Las cuales, analizadas individualmente, no implican la subsistencia de un impedimento (mucho menos absoluto) para comparecer ante un magistrado en el día y hora precisos, lo que choca con el enunciado del artículo 420 *ter* del Código de Procedimiento Penal, al que explícitamente reenvía el artículo 1.1 (59). En efecto, el artículo 420 *ter* dispone que el impedimento del imputado para comparecer ante el juez, para ser relevante, ha de ser «absoluto»: es decir, presupone una específica verificación fáctica que, sin embargo, el artículo 1.1 omite de forma contradictoria, violando así el artículo 3 de la Constitución. Lo que no permite dar a la Ley núm. 51 de 2010 una interpretación constitucionalmente conforme (60).

Tampoco podría objetarse que el impedimento para comparecer no se realizaría *ope legis*, sino como consecuencia del informe de la Presidencia del Consejo previsto por el artículo 1.4. Al margen de la ulterior ilegitimidad *ex* artículos 3 y 101 de la Constitución, que se anida en la atribución a la Presidencia del Consejo (y, en todo caso, no al Presidente del Consejo en cuanto tal) de declarar, con efectos vinculantes sobre el curso del procedimiento, que el impedimento correlativo al desarrollo de funciones de gobierno es «continuado», con el consiguiente reenvío del proceso por un máximo de seis meses sobre la base de una

---

(59) El que en una hipotética ley sobre el legítimo impedimento, las eventuales hipótesis habrían debido ser «rigurosamente definidas y circunscritas», ha sido inmediatamente puesto de manifiesto por V. GREVI, «Sulla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni di organi costituzionali (a proposito dell'incostituzionalità del c.d. "lodo Alfano")», en *Cassazione penale*, 2009, pág. 4539, al día siguiente de la sentencia núm. 262 de 2009.

(60) En concreto, A. PUGIOTTO, «Inutile o incostituzionale (Sul destino della legge n. 51 del 2010)», en *Corriere giuridico*, núm. 10 del 2010, pone de relieve la imposibilidad de realizar una interpretación compatible de la ley en cuestión, ya que terminaría por privar a la Ley núm. 51 de todo significado práctico. Es interesante destacar que el fiscal Fabio de Pasquale, en el juicio *a quo*, sostuvo como línea principal la tesis de la interpretación constitucionalmente conforme, pero ésta fue rechazada por el Tribunal de Milán, que correctamente observó que la aceptación de dicha tesis se habría traducido «en una sustancial inaplicación de la nueva ley» (ver la Ordenanza de 16 de abril de 2010, en *Gazzetta Ufficiale*, serie especial [Tribunal Constitucional], núm. 24, 16 de junio de 2010).

declaración «genérica», es intuitivo que es el artículo 1.1 de la Ley núm. 51 el que posibilita la vulneración del curso ordinario del proceso.

En segundo lugar, el artículo 2 de la Ley núm. 51 de 2010, como hicieran el lodo Schifani y el lodo 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. He aquí una evidente incongruencia, ya evidenciada por el Tribunal al referirse a las citadas Leyes Schifani y Alfano. Efectivamente, se prevé a favor del *Premier*, imputado por un delito común (en el caso concreto, corrupción en actos judiciales y fraude fiscal) una prerrogativa de la que, sin embargo, el mismo *Premier* no podría disfrutar en caso de delitos eventualmente cometidos por él en el ejercicio de sus funciones de gobierno. Pero si dicha prerrogativa no existe para los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones —cuya regulación básica está prevista en la Ley constitucional núm. 1 de 1989, que sólo puede ser modificada por otra ley de igual rango—, con mayor razón no se puede sostener su aplicabilidad en los casos de procedimiento por delitos comunes, en los cuales entra en juego «el principio de la igualdad de trato respecto de la jurisdicción», cuya violación ha sido considerada tan relevante por el Tribunal como para declarar la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley núm. 140 de 2003.

En tercer lugar, y en línea con esta última observación, debe recordarse una vez más lo señalado al inicio, esto es, que en la sentencia núm. 262 de 2009, el Tribunal Constitucional ha establecido que las prerrogativas (inviolabilidad, eximentes genéricas, condiciones de procedibilidad, etc.), de las que gozan los titulares de los órganos constitucionales «son sistemáticamente reguladas por normas de rango constitucional» y, por tanto, su previsión exige que se respete el procedimiento previsto por el artículo 138 de la Constitución. De ahí, una vez más, el énfasis en que sólo una ley constitucional podría prever una presunción absoluta de legítimo impedimento del *Premier* y de los Ministros (siempre que —como ya se ha señalado— no se considere que tal presunción absoluta termine por dañar —como en efecto daña— «el principio de la igualdad de trato ante la jurisdicción» y, por tanto, el principio de igualdad formal ante la ley).

En cuarto lugar, es sin duda cierto que el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia núm. 262 de 2009, ha afirmado que «la posibilidad de deducir el legítimo impedimento para comparecer en el proceso penal [...] no constituye una prerrogativa constitucional» y, por tanto, puede ser regulado por el legislador ordinario. Sin embargo, el Tribunal llegó a esta conclusión a partir del presupuesto de que el legítimo impedimento «prescinde de la naturaleza de la actividad» y constituye una norma «de aplicación general». Por el contrario, el legítimo impedimento regulado por la Ley núm. 51 de 2010 no

es una norma de aplicación general. Sólo toma en consideración al *Premier* y a los Ministros, y no admite prueba en contrario. Así pues, prefigura una prerrogativa del *Premier* y de los Ministros, para cuya previsión es, sin embargo, necesaria, como ha subrayado con nitidez la sentencia núm. 262 de 2009, una ley constitucional.

En quinto lugar, según el artículo 1.1, el curso ordinario del procedimiento penal se vería legítimamente obstaculizado como consecuencia del obligado ejercicio de las funciones de gobierno. Incluso admitiendo que esto sea cierto (y no considerando, por el contrario, que el art. 1.1 pretenda —ilegítimamente— tutelar «el aspecto psicológico, individual y contingente de la serenidad subjetiva del concreto titular del cargo», algo que según la sentencia núm. 262 de 2009 sería irrelevante), debe, sin embargo, enfatizarse que, siendo cierto que el Tribunal Constitucional ya ha establecido con anterioridad, en la citada sentencia núm. 225 de 2001 relativa al caso Previti, que el ejercicio de la función jurisdiccional no prevalece de forma apriorística sobre la política, no es menos cierto que, a su vez, la [función] política no puede prevalecer de modo apriorístico sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, violando con ello, bajo otra perspectiva, el artículo 101.1 de la Constitución. De ello se deriva que el equilibrio entre los dos valores constitucionales no puede ser establecido de una vez por todas por el legislador ordinario, haciendo prevalecer *a priori* la política sobre la jurisdicción. Según los principios de nuestro Estado de Derecho, este equilibrio debe ser establecido por un tercer órgano, a saber, el juez natural, en la figura del magistrado correspondiente, a través de una decisión adoptada caso por caso, basada en las reglas comunes (en este sentido, una vez más, la sentencia núm. 225 de 2001).

Por último, el artículo 2 de la Ley núm. 51 de 2010 prevé que las disposiciones sobre el legítimo impedimento se apliquen hasta la entrada en vigor de la ley constitucional que establece la regulación orgánica de las prerrogativas del Presidente del Consejo de Ministros y de los Ministros (es decir, el llamado lodo Alfano «constitucionalizado» que, sin embargo, mientras tanto, ha incluido también al Presidente de la República). Resulta evidente, por tanto, que la Ley núm. 51 de 2010 pretende ser una «ley-puente» que bloquee el *status quo* a la espera de la deseada ley constitucional. Con lo que los redactores de la Ley núm. 51 de 2010 terminan por admitir implícitamente que, para regular el legítimo impedimento del *Premier* y de los Ministros era necesaria una ley constitucional, y que el intento de anticipar su eficacia con una ley ordinaria está fuera de lugar. Si, en efecto, es la propia Ley núm. 51 la que reconoce que la otra parte del puente —la que aún está por construir— se situará cien metros más arriba (como ley constitucional), ¿cómo puede pretender el legislador ordinario

servir de enlace, aunque sea de forma transitoria, habiendo colocado de forma consciente la Ley núm. 51 de 2010 cien metros más abajo?

10. *Sobre la inconstitucionalidad del proyecto de Ley núm. 2180 AS por oposición al artículo 3 de la Constitución, con relación al Presidente de la República*

Finalmente llegamos a la última de las cuatro disposiciones, a día de hoy todavía *in itinere*. Las breves consideraciones que realizaré exigen, sin embargo, una premisa, ya que a diferencia de las demás, aquí nos encontramos ante un proyecto de ley constitucional. Esto implica que es «iluminista» (61) suponer que, una vez aprobada la citada ley constitucional por el Parlamento (con o sin referéndum confirmativo), el Tribunal Constitucional tendría la posibilidad de declararla inconstitucional.

Pese a todo, no es inútil que los constitucionalistas debatan si el Proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS es o no inconstitucional, sólo que, en esta ocasión, sus argumentaciones han de dirigirse más a los parlamentarios y la opinión pública que al Tribunal Constitucional, haciendo valer con ello los valores subyacentes a nuestra Constitución incluso por encima de las disposiciones constitucionales violadas.

Dicho esto, paso a analizar el proyecto de ley en cuestión. Al igual que las Leyes Schifani y Alfano, el Proyecto núm. 2180 AS prevé, una vez más, la suspensión (62) de los procesos penales contra el Presidente de la República, el Presidente del Consejo y los Ministros, pero tan sólo con relación a los dos primeros «incluso con relación a hechos previos a la asunción del cargo». El proyecto adopta, sin embargo, un mecanismo diverso: cuando la autoridad judicial ejerza la acción penal contra el Presidente de la República, el Presidente del

---

(61) Así lo reconoce F. MODUGNO, «Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza», en *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 54, núm. 5, 2009, pág. 3998, aunque sostiene que el Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad *ex artículo 3* de la Constitución de una ley, aunque tenga rango constitucional, que afectase al contenido mínimo del principio de igualdad.

(62) ... que constituye una inmunidad temporal (en este sentido, sentencia núm. 262 de 2009 del Tribunal Constitucional, FJ 7.3.1), pese a que algunos parlamentarios de la mayoría se obstinan en sostener lo contrario (véase, por ejemplo, la entrevista del Senador Vizzini realizada durante la transmisión «El lodo Alfano» en el canal Sky núm. 130 «*Current*», emitida los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2010). A este respecto y en este sentido, véase igualmente A. PUGIOTTO, «La seconda volta», cit., págs. 58 y sigs., y R. BIN, «Le molte implicazioni della “sentenza Alfano”», en *Diritto e processo penale*, 2010, págs. 41 y sigs. (especialmente el párrafo 4).

Consejo o los Ministros, deberá comunicarlo de forma inmediata a la Cámara de pertenencia, en el caso del Presidente del Consejo, y al Senado, en el caso del Presidente de la República. A partir del momento de la comunicación, el procedimiento penal se suspende durante noventa días. Dentro de ese plazo, el Parlamento en sesión conjunta —si se trata del Jefe del Estado— o la Cámara respectiva —en el caso del *Premier* y los Ministros— pueden decidir, por mayoría simple, la suspensión del proceso.

El 22 de octubre, refiriéndose a este texto, el Presidente Napolitano hizo llegar al relator y Presidente de la I Comisión del Senado, el Senador Vizzini, una carta de la que, a continuación, transcribo dos párrafos estrechamente vinculados entre sí.

El primero: «Considero que debo expresar mi profunda perplejidad después de que la Comisión haya confirmado la decisión de innovar la normativa vigente previendo que la suspensión de los procesos penales incluya también al Presidente de la República. Por lo demás, esta previsión no se encontraba en la Ley Alfano, promulgada por mí el 23 de julio de 2008.»

El segundo: «No puedo [...] dejar de subrayar que la decisión asumida por la Comisión presidida por usted incide, más allá de en mi persona, en el *status* global del Presidente de la República, reduciendo la independencia en el ejercicio de sus funciones. De hecho, esta decisión, que contrasta con la normativa vigente resultante del artículo 90 de la Constitución y con una constante *praxis* constitucional, se encuentra viciada por una manifiesta irracionalidad en la parte en la que permite al Parlamento, en sesión conjunta y por mayoría simple, hacer valer las presuntas responsabilidades penales del Presidente de la República incluso en el caso de actos diversos a los previstos por el citado artículo 90.»

A simple vista, el primer párrafo podría parecer sibilino, puesto que también la Ley Alfano preveía la suspensión de los procesos penales por delitos comunes contra el Presidente de la República. Ciertamente, la diferencia con la Ley núm. 124 de 2008 es otra. Mientras que en el llamado lodo Alfano «ordinario» la suspensión era automática (lo que, por otro lado, no había satisfecho al Tribunal Constitucional —incluso en el caso del Presidente de la República— ni en la sentencia núm. 24 de 2004, ni en la sentencia núm. 269 de 2009, considerando irrazonable que la suspensión pudiera operar de forma automática tanto para los delitos menores como para los más graves) (63), en el lodo Alfano «consti-

---

(63) En este sentido, L. Elia, en la audición informal del 16 de julio de 2008 ante la Comisión conjunta de Asuntos Constitucionales y Justicia del Senado, publicada con el título «Sul lodo Alfano», en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Véase igualmente al respecto A. PACE, *I limiti del potere*, cit., págs. 185 y sigs.

tucionalizado», la suspensión opera a través de una decisión del Parlamento en sesión conjunta, algo que, pese a ser razonable en la óptica del Tribunal —y se impondría también en el caso de una Ley constitucional (64)— no lo es desde el ángulo visual del Presidente de la República, para quien, como manifiesta el segundo párrafo transcrito, el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS se opondría «a la normativa vigente resultante del artículo 90 de la Constitución y a una constante *praxis* constitucional».

Esta afirmación es muy discutible teniendo en consideración la normativa vigente, y no encuentra respaldo ni en los trabajos de la Asamblea constituyente, ni en la legislación ordinaria ni en la *praxis*: el llamado precedente Scalfaro no fue previamente invocado por nadie, ni por referencia al llamado lodo Schifani ni por referencia al llamado lodo Alfano.

Sin embargo, la tesis de la improcedibilidad temporal es aún defendida por diversos autores, entre ellos, incluso algunos de reconocida autoridad (65). Así pues, es precisamente a esta doctrina favorable a la improcedibilidad a la que, probablemente, el Presidente de la República ha pretendido referirse. De esta forma, si se tiene presente esta advertencia, el discurso del Presidente Napolitano se vuelve comprensible y lineal. De hecho, si el Jefe del Estado consideraba, en conciencia, que era titular de la prerrogativa de la improcedibilidad temporal por delitos extrafuncionales, era obvio que no podría no oponerse al proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS, que extiende al Presidente de la República una ulterior (y, por tanto, innecesaria) garantía de improcedibilidad, condicionada por lo demás a una decisión sometida a la voluntad del Parlamento en sesión conjunta, por deliberación y mayoría relativa (66).

Como han observado algunos comentaristas, hay otra razón más que ha movido al Presidente a disentir del proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS, esto es, que al situar *tan sólo* al Presidente junto al *Premier* —innovación constitucional realizada por esta disposición—, se afectaría de forma inevitable y estable a la estructura de las relaciones entre Jefe del Estado y *Premier*; provo-

---

(64) A este respecto, véase P. FARAGUNA, «“Lodo ter”: legge costituzionale necessaria, ma non sufficiente», en *Studium urbis*, págs. 369 y sigs.

(65) Véase *supra* la nota 21.

(66) Que yo sepa, tan sólo M. VOLPI, «Le immunità della politica negli ordinamenti democratici», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pág. 1175, había destacado con agudeza —partiendo de la tesis de la improcedibilidad de los procesos por delitos extrafuncionales— que la mayoría parlamentaria, en el llamado lodo Alfano, había «prestado un mal servicio al Jefe del Estado, tanto por haber recurrido a una previsión expresa para establecer la improcedibilidad a favor del Presidente, demostrando con ello que la opinión doctrinal favorable a la misma no era en absoluto indiscutida, como por haber expuesto tal prerrogativa a una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal».

cando una modificación subrepticia de la actual forma de gobierno parlamentaria, y exaltando aún más la «primacía» del Presidente del Consejo (67).

En todo caso, y pese a toda mi estima personal por el Presidente napolitano (sobre cuya transparencia y honestidad nadie tiene la más mínima duda), prefiero que el diseño constitucional, incluso en lo relativo a la procedibilidad de las causas contra el Presidente de la República por delitos comunes, permanezca inalterado. Es más, tras los sucesos de estos últimos años relativos al Presidente del Consejo, comparto incluso con mayor convicción, si es posible, lo que Lorenza Carlassare escribió hace muchos años, esto es, «que el prestigio de las instituciones se vería gravemente comprometido en el caso en que un Jefe de Estado culpable, o incluso simplemente bajo sospecha, por haber cometido un delito común, permaneciese en el cargo eximido de un proceso» (68).

El problema suscitado por el Presidente de la República a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado es, por tanto, arduo. La deliberación parlamentaria que el Jefe del Estado no quiere es, por el contrario, exigida por el Tribunal Constitucional, al considerar que la suspensión automática está manifiestamente viciada de inconstitucionalidad. Por otro lado, ¿cómo podría la mayoría favorable al *Premier* remover la posición del Jefe del Estado del texto del proyecto de Ley constitucional núm. 2180, dejando solo al Presidente del Consejo (69) respecto de la referencia a los «hechos previos a la toma de posesión del cargo»?

11. *Sobre la inconstitucionalidad del proyecto de Ley núm. 2180 AS por oposición a los artículos 1 y 3 de la Constitución, con relación al Presidente del Consejo de Ministros*

Pasemos ahora al segundo párrafo del artículo 1, relativo al Presidente del Consejo.

Al margen de las consideraciones críticas sobre el hecho de que, visto el modo en que se han comportado, los parlamentarios de la mayoría parecen considerar —erróneamente— que una ley constitucional nunca podría encontrar obstáculos, olvidando con ello que una cosa es el poder constituyente y otra

(67) C. GALLI, «La fuga dal diritto», en *La Repubblica*, 21 de octubre de 2010; M. GIANNINI, *Tutti i dubbi del Quirinale*, *ivi*, 22 de octubre de 2010.

(68) L. CARLASSARE, «Art. 90», *cit.*, pág. 151.

(69) ... lo que desea G. AZZARITI, «Lettere dal Quirinale: La “palese 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).

el poder constituido (70), debe señalarse en todo caso que, contrariamente a lo escrito por algunos periodistas, la forma usada no es la de la revisión constitucional. No lo es por dos razones: la primera, porque no se indica cuál sería la disposición formalmente modificada. La segunda porque es impensable que, tal y como ha sido redactada, pueda constituir una disposición susceptible de ser incorporada al texto de ninguna Constitución. De hecho, es lógicamente imposible —y, por lo demás, ridículo— que una «disposición de la Constitución» esté redactada en la forma en la que han sido formulados los dos artículos del proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS.

Pero si el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS no es una ley de revisión constitucional, no queda más que calificarla como lo que es, es decir, una ley constitucional «de ruptura» con la Constitución, lo que, siendo admisible en abstracto (71), en tanto que derogación de algunas normas constitucionales durante un período concreto de tiempo, no puede, sin embargo, bajo el pretexto de su provisionalidad, generar efectos normativos permanentes (72); ni puede, bajo la apariencia de una ley constitucional, consistir en una disposición de favor o perjuicio para sujetos individuales (73).

---

(70) A este respecto, véase mi trabajo *Potere costituente, rigidità costituzionale*, cit., *passim*, especialmente las págs. 110 y sigs. Una crítica similar se encuentra en A. RUGGERI, «Il “lodo” Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 2010, pág. 398, que justamente pone de manifiesto el equívoco de la tesis según la cual «cuanto más se sube en la escala jerárquica, tanto más se hace menos gravoso el peso respecto de los órganos (y los actos) de normación», y A. PUGIOTTO, «La seconda volta», cit., pág. 63, que, de nuevo con gran exactitud, subraya cómo los defensores de la tesis crítica en el texto se ven probablemente inducidos a equiparar, de un lado, las leyes constitucionales y las de revisión constitucional y, de otro, la Constitución, partiendo de la errónea creencia de que lo que caracteriza la rigidez constitucional no sería la intrínseca superioridad, tanto desde el punto de vista formal como material, de ese documento solemne que es la constitución escrita, sino la mera existencia de un procedimiento especial de revisión, por lo que, en caso de que tal procedimiento no se halle previsto, nos encontraríamos ante una constitución flexible. En este sentido, véase una vez más mi trabajo *Potere costituente, rigidità costituzionale*, cit., págs. 2 y sigs., 66 y sigs.

(71) C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali* (1962), disponible en id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 362 y sigs. notas 13 y 14, pág. 375.

(72) Ésta es la crítica que yo he realizado a las Leyes constitucionales de 6 de agosto de 1993, núm. 1, y de 24 de enero de 1997, núm. 1, sobre las cuales puede verse a este respecto mi trabajo *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., págs. 205, 231 y sigs., 240 y sigs. Por el contrario, respecto de las tesis según las cuales las leyes constitucionales de ruptura no se distinguirían de las leyes de revisión, véase S. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, Giappichelli, 2007, pág. 82.

(73) C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione*, cit., pág. 363, nota 14.

No puede objetarse que el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS hace suya la indicación de la sentencia núm. 24 de 2004, reiterada por la sentencia núm. 262 de 2009, en el sentido de que habría previsto correctamente que la suspensión del proceso no se produciría de forma automática, sino como consecuencia de la deliberación de la Cámara. De hecho, es fácil replicar que tal indicación es sustancialmente eludida por el proyecto en tanto en cuanto la suspensión del proceso contra el Presidente del Consejo es decidida por la mayoría relativa de la Cámara, lo que constituye tan sólo una ficción mientras siga vigente la actual ley electoral. Ciertamente, la Ley núm. 270 de 21 de diciembre de 2005 asegura en todo caso la mayoría parlamentaria en las dos Cámaras a la coalición vencedora.

En conclusión, el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS no sólo generaría efectos permanentes, sino que posee el agravante —dado que su aplicación al Presidente de la República juega el papel de mera cobertura de lo que, en otro caso, sería una manifiesta ilegitimidad (74)— de ser una ley constitucional *ad personam*. Con la consecuencia de que «la forma de ley constitucional se ve forzada a incluir disposiciones materialmente incorrectas o de dudosa legalidad» (75). Lo que es tanto más censurable cuanto que la «excepcional eventualidad» (76) de la intervención legislativa «de ruptura» no tiene más justificación que el interés particular del Presidente del Consejo.

Si esto es así, no puede no compartirse lo señalado por ilustres estudiosos con ocasión de los comentarios a la sentencia núm. 262 de 2009, en los que se ha afirmado que, aunque se hubiese seguido el mismo camino de las Leyes Schifani y Alfano con una ley constitucional, ello 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 mínimo esencial (la igualdad formal de los ciudadanos) no ya por la legislación ordinaria, sino ni tan siquiera por la legislación constitucional» (77), consistiendo tal conte-

(74) *Vid. supra* el parágrafo 5.

(75) G. MOTZO, «Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di “rottura” della Costituzione», en *Rassegna di diritto pubblico*, 1964, primera parte, pág. 37.

(76) De nuevo MOTZO, «Disposizioni di revisione materiale», cit., pág. 37.

(77) Así F. MODUGNO, *Prerogative (o privilegi?) costituzionali e principio di uguaglianza*, cit., págs. 3976 y sigs. Véase en el mismo sentido, del mismo autor, la voz «Revisione costituzionale», en S. CASSESE (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, págs. 5195 y sigs., y «Il principio di uguaglianza come principio “supremo” dell’ordinamento costituzionale», en A. CELOTTO (ed.), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, Roma, Nel diritto editore, 2009, pág. 74. Véase también en el mismo sentido, entre otros muchos, A. RUGGERI, «Il “lodo” irragionevole», en R. BIN y otros (eds.), *Il lodo ritrovato*, cit., pág. 225; id., *Il “lodo” Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale*, cit., págs. 396 y sigs. y las posteriores

nido «mínimo esencial» en la prohibición de leyes personales, que con previsión Carlo Esposito había identificado, entre otros, con las leyes que «más allá de los casos previstos por la Constitución, quieran extender los supuestos de improcedibilidad subjetiva o las condiciones subjetivas de improcedibilidad...» (78).

Ciertamente, Esposito se refería a las leyes ordinarias y no a las constitucionales. Pero la conclusión no cambia, ya que la imposibilidad de que las leyes constitucionales deroguen el «principio supremo de la igual eficacia formal de la ley sin distinción basada en las condiciones personales y sociales», se puede establecer en la actualidad siguiendo no sólo la doctrina de los principios supremos, sino también —y tal vez con más facilidad— identificando el principio de igualdad como una de las normas esencialmente presupuestas por la «forma republicana», y como tal, inderogable por disposición expresa del artículo 139 de la Constitución (79).

---

indicaciones; M. RUOTOLO, *Legge Alfano e vizio da riproduzione*, cit., pág. 787; A. GIORGIS, «... Nelle forme e nei limiti della Costituzione», en A. CELOTTO (ed.), *Il lodo Alfano*, cit., pág. 64; G. SORRENTI, «Due riflessioni sulla *quaestio* della legge n. 124 del 2008», en R. BIN y otros (eds.), *Il lodo ritrovato*. cit., pág. 257; E. OLIVITO, «Eguaglianza come parità di trattamento e sospensione dei processi», en R. BIN y otros (eds.), *Il lodo ritrovato*. cit., pág. 196; V. GREVI, *Sulla inidoneità della legge ordinaria*, cit., pág. 4542; P. FARAGUNA, «“Lodo ter”», cit., pág. 364. Respecto de la importancia de la posibilidad de poder recurrir a los principios supremos «para obstaculizar ciertas prevaricaciones de la mayoría», véase L. ELIA, «I principi supremi presi sul serio», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pág. 2148.

(78) C. ESPOSITO, «Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione», en id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pág. 32.

(79) ... a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos monárquicos, en los cuales permanece en todo caso una diferencia, al menos moral, entre los individuos, derivada del mero hecho del nacimiento. Respecto de la afirmación de que el reconocimiento del principio de igualdad es esencial a la forma constitucional republicana, véase entre otros, C. ESPOSITO, «Commento all’art. 1 della Costituzione», en id., *La Costituzione italiana. Saggi*, págs. 7 y sigs.; C. MORTATI, «Sub Art. 1», en Gius. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 1975, págs. 6 y sigs.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 220 y sigs.; G. VOLPE, «Art. 139», en Gius. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, cit., 1981, págs. 744 y sigs.; id., «L’immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni», en *Scritti in onore di E. Tosato*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, págs. 258 y sigs.; así como, en su caso, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, págs. 44 y sigs., en el que se afirma que la prohibición de revisión constitucional de la «forma republicana» (art. 139 de la Constitución) implica no sólo la prohibición de concentración del poder activo de decisión en el seno de órganos no electivos, sino también la imposibilidad de revisar, junto al principio de igualdad, la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de reunión y de asociación, el derecho de voto y de acceso a los cargos públicos, que son, desde luego, las situaciones jurídicas subjetivas políticamente más relevantes para que exista una «república». Respecto del hecho de que la expresión «forma republicana» pretenda referirse a la forma de Estado democrático, véase igualmente M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 2002, págs. 30 y sigs.

En consecuencia, incluso si se quisiera rechazar la doctrina de los principios supremos, puesto que algunos autores consideran que tal doctrina no consentiría que se prohibiera, por motivos materiales, la aprobación de leyes como las que aquí se han comentado (80), no se puede no convenir en que el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS, además de introducir un «privilegio personal», por lo demás retroactivo —que al consistir en una ley *ad personam* (*legge-provvedimento*) implicaría, en todo caso, un escrutinio particularmente exigente por parte del Tribunal Constitucional— (81), incide por añadidura en el «modo de ser» de la República, y en la concreta operatividad de la soberanía popular (art. 1 de la Constitución), tanto de forma positiva como negativa (82).

Incide en sentido positivo porque limita los poderes de los magistrados que también actúan en nombre del pueblo italiano y son, por tanto, también ellos partícipes de la soberanía (83); e incide en negativo porque los poderes del Presidente del Consejo se ven, de hecho, «personalizados» (confundiéndose sus actos a título personal con los actos que realiza en el ejercicio de sus funciones —no es casualidad que incluso las residencias privadas del *Premier* sean consideradas, a todos los efectos, residencias oficiales—) (84). Y todo ello violando

---

(80) Véase, por ejemplo, A. MORRONE, «La Corte costituzionale sul “lodo Alfano”: una risposta tardiva?», en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 de noviembre de 2009).

(81) Así se desprende de la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase las sentencias más recientes, núms. 267 de 2007, 241 de 2008 y 280 de 2010. (*N. de la T.*: la categoría doctrinal de *legge-provvedimento* hace referencia a leyes cuyo contenido, dado el nivel de concreción, es propio de una norma reglamentaria, y en función del contexto, se aplica a leyes de caso único. He optado por asumir esta traducción, que no es literal, para facilitar la comprensión al público español, dado que el propio autor en párrafos previos también califica el proyecto 2180 AS como ley *ad personam*. Puede verse un artículo sobre la problemática que suscita la noción de *legge-provvedimento* en G. U. RESCIGNO, «Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime», en [http://www.astrid-online.it/--Riforma-/Studi--ric/Rescigno\\_Leggi\\_provvedimento\\_ott\\_2007.pdf](http://www.astrid-online.it/--Riforma-/Studi--ric/Rescigno_Leggi_provvedimento_ott_2007.pdf)).

(82) En sentido análogo, véanse las agudas reflexiones de A. PUGIOTTO, «Lecture e riletture della sentenza costituzionale n. 24 del 2004», en *Giurisprudenza italiana*, 2009, pág. 782, que pone de manifiesto cómo las Leyes núms. 140 de 2003 y 124 de 2008 (así como —añado yo— el proyecto de Ley constitucional núm. 2180 AS) convierten a un sujeto concreto, en razón de su *status*, en «“inmune” en el sentido etimológico del término: “aquel que no está sujeto a las obligaciones y los riesgos que afectan al conjunto de la sociedad”», con lo que se realiza «una deformación demagógica del concepto constitucional de soberanía».

(83) En este sentido, refiriéndose igualmente al Tribunal Constitucional, véase A. Giorgis, «... *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*», cit., pág. 66.

(84) Piénsese en el establecimiento del secreto de Estado sobre todas las residencias del Presidente del Consejo y, en particular, sobre la villa sarda «La Certosa», realizado por Decreto del Ministro del Interior de 6 de mayo de 2004, protocolo núm. 1004/100-1158. Por lo que sé, tal Decreto no fue revocado cuando llegó al gobierno la coalición de centro-izquierda, por lo que debe considerarse aún vigente. A este respecto, v. la ordenanza del Tribunal Constitucional 404 de 2005,

el artículo 1.2 de la Constitución, de cuyo enunciado deriva inequívocamente que si el pueblo, máximo depositario de la soberanía, la puede ejercer tan sólo «en las formas y en los límites establecidos por la Constitución», con mayor razón quien lo representa debe respetar tales formas y límites, sin proponerse, por tanto, como «inviolable» (85) ni mucho menos definirse «ungido del Señor» (86).

---

así como el comentario de A. MASARACCHIA, «Lo strano caso del segreto di Stato sulla villa “La Certosa”», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, págs. 4067 y sigs. Hablaba exactamente de la personalización de las instituciones, refiriéndose ya a la Ley núm. 140 de 2003, C. E. VIGEVANI, «La sospensione dei processi per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo», en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (10 de junio de 2003), recogido de forma favorable por R. BIN, «Le molte implicazioni della “sentenza Alfano”», cit. (parágrafo 5).

(85) Inviolabilidad que en la monarquía sabauda exaltaba la persona del rey y era considerada diversa de la correspondiente institución de Derecho público (art. 4 del Estatuto Albertino). Véanse sobre este punto las consideraciones de F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Torino, Utet, 1909, págs. 217 y sigs., y 227 y sigs., y de E. CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Totino, Bocca, 1922, págs. 22 y sigs. Teoría ésta, de la inviolabilidad regia, que, sin embargo, presuponía que el rey no actuase, afirmándose al respecto que «el rey es inviolable porque no puede causar mal» (en este sentido, L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, vol. II, cit., pág. 53). No contradice estas reflexiones la interpretación de la inviolabilidad regia que ofrecía V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, IV ed., Firenze, Barbera, 1905, pág. 197; V. Miceli, *Principii di diritto costituzionale*, II ed., Milano, SEL, 1913, pág. 534, y Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padova, Cedam, 1933, pág. 175, para quienes tal adjetivo definía la especial protección penal que recibía la persona del rey.

En el sentido del texto, véase S. DONDI, «Il lodo Alfano tra forma di stato e forma di governo (ovvero: la “pelle di zigrino” del regime parlamentare)», en R. BIN y otros (eds.), *Il lodo ritrovato*, cit., pág. 111, que observa, a propósito de la llamada Ley Alfano, que «recrear una inviolabilidad de este tipo a favor no sólo del Jefe del Estado sino también del vértice del ejecutivo, termina por atribuir prerrogativas sustancialmente soberanas al jefe del Gobierno, lo que nos sitúa en una dimensión pre-constitucional del derecho público».

(86) ... tal y como el propio Berlusconi se ha definido a sí mismo de forma explícita más de una vez desde el 25 de noviembre de 1994, refiriéndose al amplio consenso obtenido en sede electoral. En la misma línea, algunos políticos de la mayoría han sostenido incluso recientemente la absoluta primacía del Presidente del Consejo en tanto que elegido por la mayoría del pueblo italiano (así, por ejemplo, el Ministro Bondi en el programa *Ballarò* de 19 de octubre de 2010). Respecto de afirmaciones análogas precedentes, realizadas por G. Pellegrino, N. Zanon y A. Marini, véase mi trabajo *I limiti del potere*, cit., 180 s., nota 5, y las reflexiones allí vertidas sobre la impropiedad de deducir de la actual legislación electoral (esto es, la Ley núm. 270 de 2005) la sobrevenida *desuetudo* del artículo 1.2 de la Constitución. En sentido análogo a lo aquí sostenido, véase R. BIN, «Le molte implicazioni della “sentenza Alfano”», cit., págs. 41 y sigs. (especialmente el parágrafo 5) y A. PUGIOTTO, «Lecture e riletture», cit., pág. 782.

*RESUMEN*

Bajo el prisma del principio de igualdad ante la ley —garantizado por el art. 3 de la Constitución de la República italiana— el presente trabajo analiza la problemática político-constitucional suscitada por las sucesivas reformas legislativas y proyectos de ley realizados por el Gobierno Berlusconi, cuyo objetivo es la ampliación de las esferas de irresponsabilidad de los altos cargos institucionales del Estado más allá, a juicio del autor, de lo que resulta constitucionalmente permitido por los artículos 68 (inviolabilidad parlamentaria), 90 (excepciones a la irresponsabilidad del Presidente de la República) y 96 (responsabilidad de los miembros del Gobierno) de la Constitución.

*PALABRAS CLAVE:* igualdad ante la ley; inviolabilidad parlamentaria; inmunidad; Presidente de la República; Presidente del Consejo de Ministros; Berlusconi.

*ABSTRACT*

This essay analyzes the political and constitutional consequences of the legal amendments done or proposed by Berlusconi's Government, considered under the requirements of the principle of equality before the law granted by art. 3 of the Constitution of the Republic of Italy. The aim of the amendments is to increase the Prime Minister, Ministers and Head of State's sphere of immunity. The opinion of the author is that this attempt goes farther than allowed by articles 68 (parliamentary inviolability), 90 (exceptions to immunity of the President of the Republic) and 96 (principle of responsibility of the Members of the Government) of the Constitution.

*KEY WORDS:* equality before the law; parliamentary inviolability; immunity; President of the Republic; Prime Minister; Berlusconi.