

LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS DEL POPULISMO

Comentario a la Sentencia 24/2004 de la Corte Constitucional italiana sobre la inmunidad del Presidente del Consejo de Ministros

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

SUMARIO: I. EL ESTUDIO DE LA INMUNIDAD DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO EN LA REALIDAD POLÍTICO-CONSTITUCIONAL. EL EJEMPLO ITALIANO: 1. *Presupuestos para el estudio de la inmunidad de los miembros del Gobierno.* 2. *El caso italiano: reconstrucción del régimen político italiano a partir de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno.*—II. EL LODO SCHIFANI EN CONTEXTO: LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS DEL POPULISMO: 1. *Los rasgos políticos del populismo.* 2. *Las estrategias jurídicas del populismo. El caso italiano.*—III. LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: 1. *La definición del conflicto.* 2. *La decisión de la Corte Constitucional.* 3. *Una primera aproximación crítica: la debilidad del discurso narrativo de la Corte Constitucional.*—IV. SISTEMA DE GOBIERNO E INMUNIDAD DE LOS GOBERNANTES: UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL: 1. *La suspensión de procesos es un privilegio.* 2. *Responsabilidad criminal y sistema de gobierno: más allá de la concreta disputa constitucional.*

El 13 de enero de 2004, la Corte Constitucional italiana declaró inconstitucional el art. 1 (1) de la Ley núm. 240, de 20 de junio de 2003 (2), que suspen-

(1) Art.1: 1. No pueden ser sometidos a procesos penales hasta su cese, por cualquier delito, incluso referidos a hechos anteriores a la asunción del cargo o la función: el Presidente de la República, salvo en lo previsto por el art. 90 de la Constitución, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Diputados, el Presidente del Consejo de ministros, salvo en lo previsto por el artículo 96 de la Constitución, y el Presidente de la Corte Constitucional.

2. Desde la entrada en vigor de esta ley se suspenderán, respecto a los sujetos del apartado primero y salvo en lo previsto por los artículos 90 y 96 de la Constitución, los procesos penales en curso, en cualquier fase, estado o grado, respecto a cualquier delito, incluso los referidos a hechos anteriores a la asunción del cargo o la función, y hasta el cese.

3. Para los supuestos anteriores se aplica la disposición del art. 159 del Código Penal.

(2) El art. 1 fue una enmienda, tramitada en menos de un mes, a un proyecto de ley cuyo objetivo principal, recogido en el art. 3 de la actual ley, era el de recopilar sin ánimo exhaustivo los lla-

día hasta el cese en el cargo cualquier tipo de proceso penal, en curso o por venir, contra los Presidentes de los cinco órganos constitucionales. En este trabajo quiero comentar la decisión de la Corte Constitucional. Prioritariamente me centraré en examinar la argumentación de la sentencia, a lo que dedicaré el epígrafe II. Antes de llegar al análisis detallado de los fundamentos, intentaré replantear en el epígrafe I el estudio de las inmunidades de los miembros del Gobierno y, en esos márgenes, probaré a situar en contexto la Ley objeto de juicio. Finalmente, en el último epígrafe, debido a la parquedad del razonamiento de la Corte Constitucional, trataré de reconstruir la dimensión constitucional de la controversia mediante el ensayo de una solución alternativa a la discusión concreta del pleito y con algunas reflexiones generales en torno a la responsabilidad criminal de los gobernantes.

I. EL ESTUDIO DE LA INMUNIDAD DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO EN LA REALIDAD POLÍTICO-CONSTITUCIONAL. EL EJEMPLO ITALIANO

1. *Presupuestos para el estudio de la inmunidad de los miembros del Gobierno*

El análisis de las inmunidades de los miembros del Gobierno ha dado lugar a importantes estudios. Esos trabajos resaltan la esencia de la inmunidad y, por tanto, se detienen prolijamente en la observación y catalogación (a menudo comparatista) de las singularidades que provoca el régimen jurídico de la responsabilidad penal del Presidente del Gobierno y de los Ministros (3). En muchas ocasiones la investigación, sobre todo si se realiza desde el campo del derecho constitucional, se acompaña de una certera y necesaria reflexión en torno

mados actos parlamentarios cubiertos por la inviolabilidad, extender ésta a las opiniones expresadas en conexión con la función parlamentaria pero fuera de su sede y, además, prever una especie de audiencia previa (que no autorización) de la Cámara antes de continuar con el proceso. La inconstitucionalidad del aspecto material de esta regulación ha sido rechazada por la Corte en la reciente Sentencia 120/2004. Un comentario anticipatorio puede leerse en el trabajo de A. GIORIS: «La legge di attuazione dell'art. 68 Cost.: un'occasione perduta dal Parlamento per iniziare ad arginare un uso distorto delle prerogative dei propri membri?», en <http://www.constituzionalismo.it>, a 10-XI-03.

(3) L. M. DÍEZ PICAZO: *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Madrid, 1996; A. OBREGÓN GARCÍA: *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1996; R. GARCÍA MAHAMUT: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000; AA.VV.: «Encuesta sobre determinados *status* privilegiados por la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000; E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ: *La responsabilidad penal del Gobierno*, CEPC, Madrid, 2002.

a la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad política. Sin embargo, existen casos en los que estas variables son insuficientes para rendir cuentas con el fenómeno de la inmunidad gubernamental, especialmente en su relación con la dinámica política. La realidad político-constitucional de la Italia republicana es buen ejemplo. Las variaciones históricas que ha sufrido la ordenación jurídica de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno reflejan los cambios del régimen político; actualmente, mirando al *Lodo Schifani* (4), las alteraciones de la inmunidad gubernamental son el síntoma de una intención de transformación más amplia.

De acuerdo con lo dicho, considero que el estudio de la inmunidad de los miembros del Gobierno se ha de poner en conexión con otros dos elementos. En primer lugar, con el sistema de gobierno, categoría que explica la relación entre los órganos constitucionales que tienen atribuidas las funciones de dirección política (5). En mi opinión, la eficaz exigencia de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno está intensamente condicionada por el funcionamiento de los mecanismos de responsabilidad política. En segundo lugar, el estudio de la inmunidad de los miembros del Gobierno no puede desligarse, creo, de la responsabilidad penal de los parlamentarios. Menos aún cuando en la práctica de la mayoría de los sistemas parlamentarios, gran parte de los ministros son titulares a su vez de un escaño. El juego coordinado de ambos regímenes jurídicos nos ofrece la imagen de la responsabilidad penal de la clase política.

2. *El caso italiano: reconstrucción del régimen político italiano a partir de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*

El estudio de la inmunidad de los miembros del Gobierno junto al sistema de gobierno y la responsabilidad penal de los parlamentarios, es especialmente fructífero en el análisis de la Italia republicana, ya que permite delinear la evolución de su régimen político (6).

(4) Coloquialmente se califica a la Ley núm. 240 con el nombre del parlamentario que finalmente la impulsó (Schifani, aunque su primer inspirador fuese Macanico, de ahí que también se conozca como *Lodo Macanico*). El Profesor Vespaziani me hizo ver que no debe pasarse por alto, al menos a modo de ironía lingüística, que en la práctica política se imponga el término de derecho arbitral «lodo» para designar una actividad legislativa.

(5) Bastaría con el trabajo clásico de L. ELIA: «Governo (forma di)», en *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, para la definición pág. 636. No me resisto, sin embargo, a citar como complemento contemporáneo el poderoso estudio de B. ACKERMAN: «The new separations of powers», *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000.

(6) Sería absurdo querer agotar con esas variables el estudio de la evolución del régimen político italiano. En mi opinión, el estudio con más amplitud de miras y fuerza incisiva de los úl-

Inicialmente (7), la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno se enjuiciaba por la Corte Constitucional, en composición singular, pues a los quince jueces se le añadían dieciséis ciudadanos. No obstante, la raíz política de la exigencia de responsabilidad penal se hacía especialmente presente en el procedimiento de acusación, donde el Parlamento, por mayoría absoluta, ostentaba el monopolio del ejercicio de la acción penal (8). Y es aquí donde tenía sentido poner en conexión el régimen de la responsabilidad penal con la responsabilidad política institucional, dado que ambas convergían en el Parlamento, hecho que hacía ineficaz el deslinde de la responsabilidad penal y la responsabilidad política. Es decir, si ambas responsabilidades requerían la intervención del Parlamento (9), sólo se podían producir dos hipótesis. Una, que el descrédito de la sospecha de responsabilidad penal llevara a un inmediato ejercicio de la responsabilidad política por parte del Parlamento, y, sólo subsidiariamente, a la acusación parlamentaria. Otra, que la fuerza numérica de la mayoría de gobierno impidiera tanto la responsabilidad política como la penal.

A este dato del solapamiento entre la responsabilidad penal y la responsabilidad política institucionalizada, el sistema de gobierno italiano, en virtud del cómputo electoral proporcional, añadía un elemento adicional, la reducidísima eficacia del momento electoral como instrumento para personalizar la responsabilidad política. Es de sobra conocido que las elecciones sólo servían para alterar las coaliciones, pero no la posición central de la Democracia Cristiana en el desempeño de la función de gobierno. En estas circunstancias tiene utilidad analizar también la inmunidad de los parlamentarios. El enjuiciamiento de los parlamentarios se hacía depender de una autorización para proceder de la Cámara respectiva, suplicatorio que en la práctica venía siempre rechazado. Así las cosas, las dificultades en el ejercicio de la responsabilidad política difusa a través de las elecciones, unidas a la ineficacia de los mecanismos de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y del Parlamento, provocaron el conocido blindaje de la clase política italiana. Este blindaje repercutió en la hipertrofia de los partidos políticos, que determinaban el Gobierno y su pro-

timos años es el de P. GINSBORG: *Italy and its discontents 1980-2001*, Penguin, London, 2001.

(7) Para una revisión sintética del modelo anterior y posterior a 1989 basta confrontar L. PALADIN: *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002.

(8) Una dificultad añadida era la delimitación restrictiva del concepto de delito ministerial, cfr. para una revisión general A. CARIOLA: «La responsabilità penale del capo dello stato e dei ministri: disegno costituzionale e legge di riforma», *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, en especial págs. 66 y sigs.

(9) Aunque con mayorías diversas. Mayoría absoluta del Parlamento en sesión conjunta para la exigencia de responsabilidad penal. Mayoría simple de cualquier Cámara para la operatividad de la moción de censura.

grama al margen del electorado, y que usaron las potestades públicas como moneda de trueque para su financiación.

Es significativo que bastara la alteración radical de una de las tres variantes aludidas para que el modelo de la *partitocrazia* se desmoronara y con él la clase política que había dominado la escena durante cuarenta años. La eliminación de la autorización para proceder contra parlamentarios fue la fuga que provocó la explosión del fenómeno «*mani pulite*». Consigo arrastró la modificación del sistema electoral, acercándolo en la práctica a un bipartidismo de coaliciones (10). Y, en lo que ahora nos interesa, impulsó también la modificación de la inmunidad de los miembros del Gobierno. El nuevo régimen (aún vigente por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley núm. 240, de 20 de junio de 2003) concentra la acusación en el Poder Judicial. La intervención del Parlamento se conserva, pero ya con un sentido bien distinto. Se presume la concesión de la autorización para proceder y la voluntad de la Cámara se hace necesaria sólo en la negación del suplicatorio, que debe estar exclusivamente fundado en intereses constitucionales o públicos preeminentes. Finalmente, la dilucidación de la responsabilidad penal se traslada de la Corte Constitucional al órgano judicial competente según la atribución ordinaria de competencia, esto es, no existe privilegio jurisdiccional alguno.

Creo, sin embargo, que los acontecimientos políticos y judiciales de los primeros noventa clausuraron un régimen político, sin consolidar pilares sobre los que sostener una nueva estructura. Seguramente no es exagerado definir la década italiana de los noventa como un período de transición (11) aún inconcluso. ¿Por qué realizar ahora un cambio en el régimen jurídico de la inmunidad del Presidente del Consejo de Ministros? ¿Por qué remitir el juicio de su responsabilidad criminal al momento que cesa en el cargo? ¿Por qué extender la inmunidad a los delitos cometidos antes del desempeño del cargo? Todas estas preguntas sólo pueden hallar una respuesta justa si se sitúa en contexto el *Lodo Schifani*. Realizada esa tarea, estaremos en disposición de analizar con detenimiento el juicio de la Corte a la fallida reforma de la inmunidad del Presidente del Consejo.

(10) Cfr. R. D'ALIMONTE y S. BARTOLINI: «“Electoral Transition” and Party System Change in Italy», *Western European Politics*, vol. 20, núm. 1, 1997; y S. BARTOLINI, A. CHIARAMONTE y R. D'ALIMONTE: «The Italian Party System between parties and Coalitions», *Western European Politics*, vol. 27, núm. 1, 2004.

(11) E este sentido véase el número especial de la revista *West European Politics*, vol. 20, núm. 1, 1997, editado por M. BULI y M. RODEES, con el título *Crisis and transition in Italian politics*.

II. EL *LODO SCHIFANI* EN CONTEXTO: LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS DEL POPULISMO

1. *Los rasgos políticos del populismo*

En diciembre de 1993, a las puertas de un imponente centro comercial, convocados todos los medios para la efeméride, Silvio Berlusconi anunció su descenso a la arena política «para salvar a Italia». Aunque las palabras en esta ocasión no logren ni por asomo acercarse al impacto que brindaron las imágenes televisivas, conviene repasar el contexto, el modo y la retórica de su declaración de intenciones, pues exponen con claridad apabullante la semiótica del populismo *berlusconiano* (12).

El marco elegido, la inauguración de una gigantesco centro comercial, es ya en sí mismo una provocadora mistificación, pero, sobre todo, logró evocar en el imaginario colectivo el nacimiento de un nuevo político, un empresario hecho a sí mismo, alejado de la clase política tradicional, que, por aquel entonces, padecía su mayor decadencia. El modo del anuncio, una retransmisión televisiva en directo, fue la primera escena del «estilo Berlusconi»: a través de la televisión, Berlusconi se introduce en el comedor de los italianos para hablarles «a ellos directamente». Y, finalmente, en sus palabras quedaron ya trazadas las líneas maestras de su discurso político: frente a la rampante crisis italiana, Berlusconi asumía la responsabilidad, «por amor a Italia», de salvar el país, despezado por la izquierda (más tarde «los comunistas», recuperando así el viejo enemigo italiano). Retórica de salvación y enemigo simbólico formaron los puntos capitales de un mensaje que le llevaría a la cúspide del poder italiano.

En definitiva, Berlusconi y su partido *Forza Italia* desembarcaron en la vida política componiendo un modelo que, al margen de ciertas peculiaridades, encarna el prototipo del populismo (13): un nuevo líder apela directamente al

(12) «Populism is a form of mass politics. The core idea, as the etymology would suggest, rests with the claim to represent or act in the name of the people, understood as ordinary or common people... It is generally distinguished from two other forms of mass politics: class politics and pluralism...», R. B. COLLIER: «Voz "Populism"», en *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, vol. 17, Elsevier, Amsterdam, 2001.

(13) O del nuevo populismo, como señala P. TAGGART: «New Populist parties in Western Europe», *Western European Politics*, vol. 18, 1995; o R. HEINISCH: «Success in Opposition-Failure in Government: Explaining the Performance of Right-Wing Populist Parties in Public Office», *Western European Politics*, vol. 26, núm. 2, 2003. Proceso que en cierta medida provoca un efecto de arrastre sobre el sistema, vid. F. VENTURINO: «La personalizzazione della politica italiana. Il ruolo dei leader nelle elezioni del 1996», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, XXX, núm. 2000, en especial págs. 322 y sigs.

pueblo —al ciudadano ordinario— para salvar al país de los embates de un viejo enemigo. Hecha esta breve recapitulación del populismo *berlusconiano*, veamos ahora cómo se estructura jurídicamente y el lugar que en esa estructura ocupa el régimen jurídico de la inmunidad del Presidente del Gobierno.

2. *Las estrategias jurídicas del populismo. El caso italiano*

La esencia político-constitucional del populismo consiste en construir la legitimidad del sistema sobre una relación directa entre el líder y el pueblo (que queda así simplificado como realidad homogénea), en la que, por mor de ese vínculo directo, son inutilizados (reventados por la presión popular) los controles jurídicos y políticos. Pues bien, el populismo *berlusconiano* ha desarrollado su estrategia jurídica en torno a tres ejes: la comunicación política, la preeminencia jurídica del Presidente del Consejo de Ministros y el debilitamiento de los controles jurisdiccionales.

En el ámbito de la comunicación política, el Gobierno de Berlusconi ha buscado la conservación del estado de cosas, que le asegura de facto el dominio de los medios televisivos. Como ha remachado recientemente el Parlamento europeo, la situación del mercado italiano se caracteriza por un duopolio entre la RAI (el ente público) y Mediaset (el holding perteneciente a Berlusconi), que abarcan conjuntamente el 90 por 100 de la cuota de pantalla (14). La Corte Constitucional señaló en su Sentencia núm. 46/2002, que el «mero concurso entre un polo privado y otro público no respetaba las exigencias constitucionales» y ordenó una reforma legislativa que impidiera, con fecha límite en el final del año 2003, la propiedad de más de dos canales de televisión por un particular. La notoria concurrencia de propiedad de medios privados con la gestión de los públicos causada por las victorias electorales de Berlusconi ha conectado el problema del pluralismo informativo con la cuestión del conflicto de intereses. Ni en una ni en otra disciplina se han encontrado hasta ahora soluciones (15). Es más, los intentos legislativos de la mayoría de

(14) Risoluzione del Parlamento europeo sui rischi di violazione, nell'UE e particolarmente in Italia, della libertà di espressione e di informazione [articolo 11, parágrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali] (2003/2237 (INI)].

(15) Problemas que legislativamente se han separado, pero que teóricamente tienen una relación de género (el conflicto de intereses) y especie (la regulación de los medios). Respecto a los avatares legislativos, aún inconclusos, del primer problema vid. A. PERTICI: *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, 2003; y G. COLAVITTI: «El trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza ed imparcialità», *Nomos*, 2002.

Gobierno por ordenar los medios de comunicación han chocado con sucesivos discursos del Presidente de la República, el último de los cuales motivó la imposición de una nueva deliberación de las Cámaras (16), que, no obstante, han logrado recientemente aprobar las líneas esenciales del texto inicial.

Respecto a la posición del Presidente del Consejo de Ministros, merece toda la atención el proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno Berlusconi (17), que ya ha recibido aprobación en primera lectura por parte del Senado. Aparentemente, sobre todo si se lee desde la experiencia española, no aventura una reforma desatinada, pues parece querer asegurar la estabilidad gubernamental (18) con dos mecanismos de sobra conocidos: la disolución de las Cámaras a petición del Presidente del Gobierno (19) y la facultad para destituir a los Ministros (20). Sin embargo, este refuerzo de los poderes constitucionales del Presidente del Consejo no resulta, como ocurre en Gran Bretaña, España o Alemania, de su relevancia electoral. Pese a las reformas

(16) El primer mensaje del Presidente Ciampi a las Cámaras, de 23 de julio de 2003 (en el ejercicio de su competencia constitucional reconocida en el art. 87.4), se centró en marcar la necesidad de respetar el pluralismo interno y externo, según había sido señalado por la Corte Constitucional. En el segundo mensaje, de 15 de diciembre de 2003, que a la sazón sirve como motivación para provocar el reenvío de la ley a las Cámaras, según el art. 74, el acento se marca en el respeto de los plazos transitorios que había fijado la Corte para lograr superar el duopolio de facto.

(17) *Cfr.* para una valoración general del proyecto y en especial respecto a la forma de gobierno L. CARLASSARE: *Il progetto governativo di riforma: il costituzionalismo più che mai alla prova*, y G. FERRARA: *Per la critica al progetto di riforma della Costituzione del governo Berlusconi*, ambos en <http://www.constituzionalismo.it>, a 5-V-04; T. E. FROSINI: *Premierato e sistema parlamentare*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, a 15-V-04.

(18) Como es sabido, la discusión sobre la forma de gobierno en Italia es un debate permanente. Tradicionalmente, las distintas alternativas han buscado la estabilidad en la dirección política, sea con el refuerzo de la posición del Presidente del Gobierno bajo la inspiración del modelo británico del Premier; a través de la elección directa del Presidente del Gobierno y contemporánea a la elección del Parlamento, por lo que el Presidente tendría así una doble confianza, electoral y parlamentaria; o mediante el incremento de los poderes del Presidente de la República, que sería correlativamente elegido por sufragio directo. Sin embargo, en mi opinión, con el ascenso de Berlusconi el debate adquiere un matiz novedoso. En la reforma subyace la voluntad de reconstruir el sistema constitucional italiano sobre la primacía absoluta de la conexión directa entre el electorado y el Presidente del Gobierno, por más que esa conexión pueda resultar ficticia en la realidad. Para una revisión del debate sobre la forma de gobierno, *cfr.* M. VOLPI: *Forma di governo e revisione della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1998, págs. 99 y sigs.; y S. MANGIAMELI: *La forma di governo parlamentare*, Giappichelli, Torino, 1998, págs. 165 y sigs.

(19) Art. 23 del proyecto, que modificaría el 88 de la Constitución italiana. Además, en el proyecto se prevé un supuesto de disolución automática cuando el Presidente del Gobierno pierde una moción de censura, art. 28 del proyecto que modificaría el art. 94 de la Constitución.

(20) Art. 29 del proyecto, que modificaría el 95 de la Constitución italiana.

electorales, los Gobiernos italianos continúan siendo esencialmente Gobiernos de coalición, sin que ningún líder o partido sea capaz de arrastrar para sí un apoyo mayoritario. Por tanto, la reforma constitucional está encaminada a sobredimensionar jurídicamente la figura del Presidente del Gobierno, sin un paralelo electoral correlativo. La conexión entre el líder y el cuerpo electoral que justificaría sus especiales poderes, simplemente no existe (21). Pero, además, al margen de esta advertencia, el proyecto de reforma constitucional implica, junto al refuerzo de las potestades jurídicas del Presidente del Gobierno, un proporcional decaimiento del Presidente de la República, algo que en el sistema constitucional italiano significa de facto la desprotección constitucional de las minorías políticas. El Jefe del Estado, con su competencia para autorizar la presentación de proyectos de ley por parte del Gobierno (art. 87, facultad que desaparece en la reforma) y, sobre todo, su potestad para solicitar motivadamente una nueva deliberación de las Cámaras antes de promulgar la ley (art. 74), se ha convertido en el garante de la «unidad nacional», de aquellos «principios políticos civiles en torno a los cuales las fuerzas constituyentes encontraron la unidad». De hecho, bajo tales rúbricas, se ha desarrollado una actividad institucional dirigida a tutelar institucionalmente el pluralismo y la defensa constitucional de la minoría, frente a la «omnipotencia de la mayoría» (22). Tarea especialmente relevante en un sistema como el italiano, donde las minorías políticas carecen de legitimación activa en el control de constitucionalidad de la ley. Esa función de tutela se ve amenazada por el proyecto de reforma en la medida que habilita, tras cuatro votaciones fallidas, la elección del Presidente de la República por simple mayoría absoluta y no por mayoría de 2/3. La posible concordancia política entre la mayoría de gobierno y el Presidente de la República desvanecería el contrapeso que le corresponde ejercer a este último (23).

(21) Aunque el art. 26 del proyecto de reforma, que pretende modificar el art. 92 de la Constitución italiana disponga que «La legge disciplina l'elezione della Camera dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo Ministro».

(22) *Cfr.* la interesante revisión de la función del reenvío en C. DE FIORES: «Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale», *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002, las citas entrecomilladas las tomo de las págs. 195 y 197.

(23) Este proyecto afecta de otro modo a los controles y contrapesos. Según la terminología de la *Lega Nord*, la composición de la Corte Constitucional se «regionaliza», por lo que corresponde al Senado federal la potestad para nominar a siete de los quince magistrados. De la designación de magistrados desaparece la Cámara de Diputados, lo que menoscaba el pluralismo político en la designación de magistrados, art. 40 del proyecto que modifica el 135 de la Constitución italiana.

Finalmente, la estrategia jurídica del populismo italiano pretende trasladar la evaluación de la responsabilidad jurídica de los gobernantes, especialmente del Presidente, desde el Poder Judicial al cuerpo electoral. Con este desplazamiento se quiere convertir la responsabilidad jurídica en una pseudo responsabilidad política, que encuentra su juicio definitivo en el momento electoral. Es el pueblo quien juzga si un líder puede o no gobernar, más allá de las sombras delictivas que lo cubren. La impunidad es fruto de la elección. Este tercer eje se articula esencialmente a través de dos medidas. Por un lado, ligada estrechamente al control de los medios de comunicación, una intensa campaña de descrédito del Poder Judicial. Se pone en tela de juicio la independencia de los jueces y se arroja sobre su función la acusación de politización. Si la campaña es eficaz, se logra presentar la acción judicial como una acción política más, sometida, por tanto, a los mismos parámetros de la crítica y control político (24). El segundo elemento de esta estrategia lo compone la ley que ha provocado la decisión de la Corte que hoy comentamos. Esta medida legislativa, en relación concreta con el Presidente del Consejo, al conectar a su elección la suspensión de los procesos en los que se viera imputado, sostiene la inmunidad sobre el momento electoral. Las elecciones no son ya meramente ocasión para dilucidar responsabilidades políticas, sino que también resuelven hipotéticas responsabilidades penales (25).

(24) Una campaña mediática que ha sido complementada con una reforma tanto del número de miembros del Consiglio Superiore della Magistratura elegidos por los jueces (de 20 a 16, por ocho de elección parlamentaria), cómo el modo de elección (de elección por listas a candidaturas individuales), Ley núm. 44 de 28 de marzo de 2002. Una exposición completa, tanto de la campaña mediática como de esta reforma puede verse en S. STUTH: «Das aktuelle Thema», *Kritische Justiz*, 2003. El estado de cosas compone, según A. PIZZORUSSO «la più vistosa violazione che i principi stabiliti dalla Costituzione italiana abbiano subito in questi ultimi anni ed una delle più singolare che si siano mai verificate nella storia costituzionale di tutti i popoli», cita sacada del apartado primero de su trabajo *Giustizia e giudici*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, a 15-IV-04.

(25) En verdad, la suspensión de procesos es el último asalto de Berlusconi en pos de su inmunidad. Previamente ya había intentado, sin éxito, límites concretos de su responsabilidad penal orientados a «solventar» las dificultades de dos procesos: el proceso Imi-Sir y el proceso SME, donde Berlusconi, junto a algunos de sus colaboradores eran acusados por cohecho (principalmente su abogado y Ministro de Exteriores, Prevetti, ya condenado en firme por el primer proceso; Berlusconi absuelto debido a la prescripción del delito). Mediante la Ley núm. 367 de 2001 se quiso excluir en virtud de cualquier defecto formal la validez procesal de las pruebas obtenidas a través de rogatorias a jueces suizos, incluso si esos «defectos» (traslado directo entre jueces sin intervención diplomática o ausencia de autenticación notarial) son práctica internacional reconocida. Es más, la invalidez de esos actos procesales tenía efectos retroactivos —en el proceso SME, eran varias las pruebas aportadas por jueces suizos respecto a datos bancarios, *cfr.* F. CORDERO: «Il Re e il Signor P.», *Questione giustizia*, núm. 2, 2002; y G. DE AMICIS y O. VILLONI: «La

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. *La definición del conflicto*

La sentencia de la Corte Constitucional nace de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Tribunal de Milán que conocía de una causa penal contra Berlusconi (el llamado proceso SME), donde se dilucidaba su responsabilidad por cohecho, y que fue suspendida a la entrada en vigor de la Ley núm. 240, de 20 de junio de 2003. Según el citado Tribunal la ley vulnera el principio de igualdad, los principios de proporcionalidad y razonabilidad en atención a los otros supuestos de inmunidad previstos en la Constitución italiana (art. 68, 90, 96), y la tutela judicial. Estas alegaciones marcan el paso de los argumentos de las restantes partes (26) (no tanto, como luego veremos, los fundamentos de la Corte), si bien, todas ellas se reconducen a una razón común sobre la que se sostiene la hipotética inconstitucionalidad de la ley: la suspensión de los procesos penales en razón del cargo público desempeñado supone la creación de una inmunidad no prevista en la Constitución, que ha de ser introducida por ley constitucional y no mediante una simple ley ordinaria.

A partir de esta consideración fundamental, el Tribunal de Milán especifica la vulneración concreta de principios y disposiciones constitucionales. Sin evaluar las posibles razones que justifiquen la introducción de la nueva prerrogativa, conecta de manera inmediata la lesión del principio de igualdad con la creación por ley ordinaria de una prerrogativa. En definitiva, el Tribunal de Milán encuentra en toda prerrogativa de inmunidad un problema intrínseco (la quiebra de la igualdad), que no admite su solución sobre una comparación razonada, sino exclusivamente mediante la adquisición del rango constitucional. Pero, junto a esta problemática ontológica de las prerrogativas, el mismo Tribunal señala una inconstitucionalidad por relación, que conlleva la lesión de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al comparar la suspensión

questione della utilizzabilità delle rogatorie», *Questione giustizia*, núm. 2002. Con la Ley núm. 248 de 2002, conocida como la *Ley Cirami* o del «legittimo sospetto», que extendió las causas de recusación y el traslado del proceso a otra ciudad «por motivos fuertes de sospecha de parcialidad», se pretendió fallidamente forzar el traslado del proceso Imi-Sir desde Milán a Brescia, cfr. el editorial «Il «legittimo sospetto» e i legittimi sospetti», *Questione giustizia*, núm. 3, 2003. Sin olvidar, por último, pero ya en un ámbito más amplio la sustancial desregulación del derecho penal societario, cfr. G. G. SANDRELLI: «Il nuovo falso in bilancio: una (discutibile) inversione di tendenza nella normativa penale societaria», *Quaderni giustizia*, núm. 5, 2001.

(26) Silvio Berlusconi, mediante representación privada en su condición de particular imputado en el proceso principal y por representación de la Abogacía del Estado, en su calidad de Presidente del Consejo. Y la CIR, parte acusadora en el proceso principal.

del proceso con las restantes inmunidades previstas en la Constitución, constata que, a diferencia de éstas, la prerrogativa creada en la ley no está ligada a la función del cargo público. La suspensión de procesos por delitos comunes simplemente sirve a la protección del cargo, no de la función propia de ese cargo, rompiendo así la coherencia que ensambla las distintas inmunidades constitucionales. Finalmente, en mi opinión con un interés menor, el Tribunal resalta cómo la naturaleza de la nueva inmunidad provoca igualmente una lesión del derecho a la tutela judicial al condicionar la razonable duración del proceso, impedir el ejercicio de la acción de responsabilidad civil e imposibilitar la práctica de ciertas pruebas.

La defensa de Berlusconi, sea su representación privada, sea la Abogacía del Estado, responde a las tres lesiones constitucionales que destaca el Tribunal de Milán, pero el peso de su argumentación va dirigido, como no podía ser de otro modo, a desmontar el presupuesto el Tribunal, esto es, que la suspensión de los procesos constituye una nueva prerrogativa. La clave de la argumentación de la representación de Berlusconi reposa en la distinción de dos categorías constitucionales. La clásica inmunidad, propia del derecho constitucional, y, más cercana al derecho procesal, la suspensión de procesos, mera condición de procesabilidad. La ruptura de la identidad entre suspensión de procesos e inmunidad se construye sobre dos elementos. La defensa de Berlusconi considera que la suspensión de procesos, a diferencia de la inmunidad, en primer lugar, no tiene que estar relacionada con la función de un cargo público y, en segundo lugar, no supone una sustracción de la jurisdicción, sino su mera oposición. Así las cosas, la suspensión de procesos se aleja de los artículos 68, 90 y 96 de la Constitución italiana, circunstancia que permite desmontar aparentemente la supuesta vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad. Desde el momento en que la suspensión de procesos no es una nueva prerrogativa, cae la tacha intrínseca ligada al principio de igualdad. Separada del ámbito de las inmunidades, carece de sentido compararla bajo el patrón de la proporcionalidad y razonabilidad con las restantes inmunidades constitucionales. Y, por último, ajena a la categoría de la prerrogativa de inmunidad, implícitamente se deduce que basta una mera ley ordinaria para su introducción en el ordenamiento.

2. *La decisión de la Corte Constitucional*

En mi opinión, el Tribunal y las partes del proceso principal lograron centrar apropiadamente la controversia constitucional en torno a la Ley núm. 240, de 20 de junio de 2003: ¿es la suspensión de procesos una nueva prerrogativa

de inmunidad en favor de los cinco altos cargos que prevé la ley, especialmente en referencia al Presidente del Consejo de Ministros? La disyuntiva en la respuesta, conlleva, como mostraron las diversas alegaciones, consecuencias bien dispares. La Corte, sin embargo, elude el núcleo de la discusión y prefiere estructurar su análisis en tres pasos. Inicialmente determina el sentido concreto de la regulación impuesta por la ley, luego fija su fin y, finalmente, valora el alcance de la regulación, punto que constituye el tracto fundamental de su argumentación y que conduce directamente a sus conclusiones finales sobre la inconstitucionalidad de la ley.

Al estudiar el sentido concreto de la legislación que es objeto de juicio, la Corte Constitucional considera que incorpora la suspensión de un proceso penal, instituto que consiste «en la interrupción temporal del desarrollo normal de un proceso». Posteriormente añade, tras analizar las diversas posibilidades que regula el ordenamiento, que la suspensión normalmente se prevé para situaciones objetivas del proceso y es funcional a su proseguimiento regular, esto es, ayuda al buen desarrollo de la fase central. Lo cual no excluye, añade la Corte, que la suspensión pueda tener un propósito extraprocesal (FJ. 3). En concreto, según la Corte Constitucional, en la ley objeto de recurso «el supuesto que da lugar a la suspensión es la coincidencia de la condición de imputado con la de titular de uno de las cinco altos cargos del Estado». Para la Corte, el bien que pretende tutelar está ligado a la protección de la función: «el sereno desenvolvimiento de las funciones relevantes propias de esos cargos» (FJ. 4). La Corte, por tanto, abandona el camino argumentativo abierto por las partes, centradas en delimitar los márgenes constitucionales de la inmunidad, y traslada el núcleo de la discusión constitucional al problema del alcance de la suspensión de los procesos.

En esta nueva veta argumentativa, la Corte destaca que la suspensión prevista por la ley es una suspensión general, que cubre todo delito, cometido en cualquier momento. Es, además, una suspensión automática, pues se aplica independientemente de la fase del proceso y sin realizar ninguna valoración del caso concreto. Y, finalmente, tiene una duración indeterminada, ya que se vincula a la titularidad del cargo. Dadas las circunstancias, la Corte concluye que la norma objeto de control: «crea un régimen diferenciado respecto al ejercicio de la jurisdicción, en particular la penal» (FJ. 6).

Esta primera conclusión parece anunciar que el juicio definitivo irá encaminado a valorar la constitucionalidad de la singularidad del régimen creado por la ley, es decir, que, circunvalando los argumentos de las partes, desembarcará, como ellas, en la aplicación del principio de igualdad. Sorprendentemente no es así. La Corte anuda básicamente las razones de inconstitucionalidad a la naturaleza automática e indeterminada de la suspensión, pero además,

y esto causa cierto estupor, incluye también otros motivos que no habían aparecido en el cuerpo de la argumentación de la sentencia. Con suma parquedad, la Corte individualiza cuatro razones de inconstitucionalidad:

1) El automatismo generalizado de la suspensión incide, menoscabándolo, sobre el derecho de defensa del imputado. El imputado es puesto bajo una disyuntiva: continuar desarrollando su cargo bajo el peso de una imputación (que puede referirse a graves delitos, incluso difamantes), o dimitir con el fin de lograr la continuación del proceso y obtener una decisión que él considera le puede ser favorable (FJ. 6).

2) Se sacrifica el derecho de la parte civil, que no puede trasladarlo a un proceso civil debido a la suspensión penal (FJ. 6).

3) La duración indeterminada de la suspensión vulnera el principio de duración razonable de los procesos. La Corte reenvía a sus decisiones anteriores y señala cómo el estancamiento del proceso por un tiempo indefinido quiebra el derecho de defensa; además, la posibilidad de reiterar la suspensión del proceso por una nueva elección para el cargo, atenta contra la eficacia del proceso (FJ. 7).

4) Lesiona el principio de igualdad al distinguir a los Presidentes de las Cámaras, del Consejo y de la Corte, respecto a otros altos componentes de los órganos respectivos (FJ. 8).

3. Una primera aproximación crítica: la debilidad del discurso narrativo de la Corte Constitucional

Esta exposición de los argumentos de la Corte pone de manifiesto la llamativa parquedad de su discurso. La brevedad no implica necesariamente carencia de argumentos, pero en este caso la concisión provoca en el lector una sensación lejana a la contundencia y claridad dialéctica. Ostensiblemente, la Corte elude el núcleo de la discusión constitucional, que tan bien habían determinado las partes: si la suspensión de procesos puede subsumirse en el concepto de prerrogativa. Pero, además, su análisis se despliega esencialmente en el estudio de la ley a juicio, en clarificar su sentido, fin y alcance. Sin lugar a dudas, una tarea de ese tipo era necesaria. Mas debería haber sido un paso previo de naturaleza instrumental, para batirse posteriormente, con toda la profundidad posible, en un contraste de la ley con la norma constitucional. Es ese contraste el paso analítico que debería haber merecido todo el esfuerzo.

Debemos huir de la ingenuidad. Es sabido que la ley a juicio era un tema de especial candencia política, lo que exigía de la Corte Constitucional una gran prudencia. ¿Pero debe suponer la prudencia —el sentido de estado, si se

quiere— una ausencia de argumentos bastantes, de modo que la sentencia se presente a la comunidad jurídica casi como una mera decisión? En mi opinión, la prudencia exige todo lo contrario. Requiere a los jueces, en nuestro caso a la Corte Constitucional, sobre todo en tiempos de turbulencias constitucionales, una particular diligencia en la selección de los argumentos, que han de ser singularmente convincentes, y una valoración sopesada de las consecuencias políticas de su decisión. Es decir, la Corte debería haber tomado en serio su condición de *órgano constitucional*.

Los tribunales constitucionales son órganos constitucionales porque con sus pares proyectan la idea de Estado concebida en la Constitución (27). Esto nos obliga, sin soslayar su naturaleza jurisdiccional, a insertar los tribunales constitucionales dentro del proceso político diseñado por la Constitución. Al aplicar la norma suprema, los tribunales constitucionales actúan sobre ese proceso definiendo sus reglas o controlando su resultado; son, por lo tanto, un actor más en la dinámica política. Este hecho implica una condición adicional en el ejercicio de su función: la racionalidad narrativa. Si la naturaleza jurisdiccional de su función exige resolver las controversias de acuerdo con las reglas propias del método jurídico, la condición de *órgano constitucional* obliga a los tribunales constitucionales a que sus decisiones se monten sobre un discurso racional y coherente. En la medida que aplican una norma —la Constitución— que pretende ser sistemática, el discurso narrativo del tribunal debe aspirar a incidir sobre el proceso político proyectando esa racionalidad y sistematicidad. Su voz en la sociedad abierta de los intérpretes, si quiere participar plenamente en el debate constitucional, debe sostenerse sobre un discurso comprensible. Y aquí radica la gran debilidad de la decisión de la Corte, que en este caso no logra formular una narrativa constitucional coherente y racional (28). La sociedad abierta de los intérpretes sufre el silencio de una de sus voces capitales y deja retumbar con sonoridad ensordecedora los ecos del populismo jurídico.

(27) Me apoyo en dos trabajos clásicos G. LEIBHOLZ: «Der Status des Bundesverfassungsgerichts» *JÖR*, 6, 1957, y M. GARCÍA PELAYO: «El status del Tribunal Constitucional», *Obras completas*, III, CEC, Madrid, 1991, pág. 2899. Para un desarrollo los argumentos que siguen remito a mi trabajo «Die Funktionalität des Verfassungsrechts und die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Liber Amicorum Peter Häberle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

(28) Tampoco debemos ignorar el hecho de que la Corte Constitucional carezca del voto particular. No es sólo que este instrumento jurídico posibilite la articulación de discursos disidentes. Más aún, su ausencia, como demuestra este caso, obliga a que en ocasiones la posición de la mayoría se componga sobre consensos mínimos, de difícil expresión articulada. Sobre la importancia del voto particular, *cfr.* G. CÁMARA VILLAR: *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

IV. SISTEMA DE GOBIERNO E INMUNIDAD DE LOS GOBERNANTES:
UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO CONSTITUCIONAL

El discurso constitucional relativo a la inmunidad del Presidente del Consejo debe reconstruirse a partir de dos líneas. La primera tendría que contestar a la discusión que distinguieron las partes: ¿es la suspensión de procesos una prerrogativa? Esta tarea, que ensayo en el primer epígrafe, es una valoración directa de los argumentos de la Corte. La segunda vía de reconstrucción habría de trascender los límites concretos del objeto procesal, dejando, pues, a un lado la decisión de la Corte, para estudiar el verdadero impacto constitucional que se perseguía con la ley enjuiciada. La posibilidad de que el contenido de la ley se incorpore a la Constitución italiana, obliga a realizar al menos ciertos apuntes críticos, algo que intento en el segundo apartado.

1. *La suspensión de procesos es un privilegio*

a) *Una reflexión de teoría constitucional: concepto y fundamento de la prerrogativa de inmunidad*

Toda prerrogativa implica necesariamente una excepción sobre el régimen general; la desigualdad es su elemento definidor. En el caso de la prerrogativa de inmunidad del Presidente y sus Ministros, la singularidad generalmente incide sobre el ejercicio de la acción penal y el modo de dilucidar la responsabilidad criminal. En cuanto a lo primero, la quiebra de la igualdad se manifiesta en la restricción de la legitimación activa, sea para depositarla totalmente en manos del Parlamento o para someterla a algún tipo de filtro de éste o cualquier otro órgano. Respecto al ejercicio de la potestad jurisdiccional, la modulación se concreta en una reserva de jurisdicción, que se puede concentrar en el Parlamento, el Tribunal Constitucional, el órgano jurisdiccional ordinario superior o incluso en un órgano *ad hoc* de naturaleza mixta con miembros de órganos jurisdiccionales y políticos (29).

Esa quiebra del régimen común que caracteriza a toda prerrogativa necesita de un fundamento propio si no quiere devenir en mero privilegio. Se podría pensar que esta reflexión es innecesaria desde el momento en que la prerrogativa cobra rango constitucional. No es así. El problema de la función —su re-

(29) Para una completa sistematización de modelos confróntese R. GARCÍA MAHAMUT: *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 48 y sigs.

flexión en el marco de una teoría general de la constitución— es notable en el marco de la interpretación constitucional, como nos recuerda, por ejemplo, la jurisprudencia del TC español en el ámbito de las prerrogativas parlamentarias, donde «la función» justifica su interpretación restrictiva (30). También es relevante en el desarrollo legislativo de las inmunidades. La función perseguida se convierte en un patrón fundamental a la hora de determinar la constitucionalidad de la técnica concreta utilizada. Pero, además, como se intentará destacar en el último epígrafe, la cuestión de la función de las prerrogativas goza igualmente de importancia cuando se incluye en la Constitución. Nos permite analizar críticamente su lógica y valorar si responde a la racionalidad del sistema constitucional, con el principio de igualdad en su frontispicio; en caso contrario nos topamos seguramente con un privilegio (31).

¿Qué papel desempeñan las prerrogativas en materia de responsabilidad penal? La respuesta común es atribuirle una finalidad de protección del Gobierno frente a una intervención insidiosa del Poder Judicial que pretenda usar sus potestades ordinarias para condicionar la acción política del Gobierno o incluso provocar la caída de gobernantes elegidos democráticamente. En la medida en que el gobernante, sobre todo si es el Presidente, gasta crédito político ante la sombra de culpabilidad, las prerrogativas quieren eludir el uso político de la potestad jurisdiccional y ceñirla a apariencias consistentes de responsabilidad penal. Las prerrogativas procuran distinguir netamente los espacios de la responsabilidad política y lograr así que la oposición política se ejerza únicamente en aquellas instancias donde el Gobierno tiene posibilidad de réplica política; las prerrogativas preservan de la indefensión política que causaría el uso fraudulento de un proceso penal. Pero no podemos olvidar que, siendo una excepción al régimen general de la responsabilidad penal, las inmunidades de los gobernantes cumplen a la sazón la finalidad adicional de remachar esta responsabilidad. La existencia de prerrogativas confirma que el gobernante es responsable penalmente.

Así las cosas, la articulación de la exigencia de responsabilidad de los

(30) *Cfr.* por todas STC 243/1988.

(31) No faltan las reflexiones clásicas en torno al problema de la inmunidad (normalmente en torno a la inmunidad parlamentaria). La teoría del estado de principios del siglo xx fundó la naturaleza de prerrogativa de la inmunidad sobre el carácter soberano del órgano estatal. Sin embargo, la paulatina constitucionalización del Estado pondría en crisis este basamento, como nos recuerdan las páginas de H. KELSEN: *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, págs. 51 y sigs. Una interesante recuperación del debate clásico, en torno a la figura de V. E. ORLANDO y a la luz de los problemas contemporáneos italianos, la ofrece A. PACE: *Immunità politiche e principi costituzionali*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/>, a 10-III-04.

miembros del Gobierno ha de estructurarse armonizando el principio de legalidad y la proscripción del uso fraudulento de la potestad jurisdiccional. Se puede concluir que las excepciones al régimen general de la responsabilidad penal procuran principalmente adecuar la división de poderes a los problemas especiales de la responsabilidad penal de un gobernante, inmersos siempre en el trasfondo de una crisis de gobernabilidad e incluso de una quiebra constitucional. Con las prerrogativas se protege al gobernante y también se preserva la integridad de cada uno de los poderes. Ni el poder judicial se inmiscuye en la tarea del control político, condicionando la dirección política, ni el Gobierno puede usar el poder público para cometer u ocultar delitos (32).

b) *La suspensión de procesos es un privilegio*

Vistos brevemente el concepto y la función de las prerrogativas constitucionales relativas a los miembros del Gobierno llega el momento de preguntarse si la suspensión de procesos prevista en la Ley núm. 240/2003 es una prerrogativa, una condición de procesabilidad, o incluso un simple privilegio. Realmente, la disyuntiva planteada por las partes o, mejor dicho, la alternativa conceptual esgrimida por la defensa de Berlusconi, carece de entidad suficiente (33). La suspensión de procedimientos hasta el cese del cargo, la su-

(32) L. M. Díez Picazo: *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Madrid, 1996, pág. 13.

(33) Como ya señalé, se apoya en una doble distinción. La suspensión de procesos está ligada al cargo y no al ejercicio de una función, algo propio de la prerrogativa de inmunidad; la suspensión de procesos pospone la jurisdicción, pero no la impide, circunstancia que, según la defensa de Berlusconi, compone un rasgo propio de la prerrogativa de inmunidad. Pocos son los autores que esgrimen argumentos en defensa de la Ley núm. 240, de 20 de junio de 2003; por ejemplo, I. NICOTRA, para quien la ley es el remedio idóneo en atención a la salvaguardia de la autoridad y de la imagen de los órganos constitucionales, véase su trabajo «Il “Lodo Macchiano”: le ragioni per una legge costituzionale», en <http://web.unife.it/progetti/>, a 7-X-03 (si bien este mismo autor duda de la oportunidad de la ley ordinaria). Es Pugiotto, un crítico de la reforma, el que mejor logra esclarecer los posibles argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley: la hipotética discriminación se salvaría al extenderse a todos los cargos del Estado; su fin, asegurar el cumplimiento del cargo, explica que cubra también los delitos cometidos antes de acceder a ese cargo; al ser un trámite procedimental no incide sobre el estatus del órgano constitucional y, por tanto, no requiere ley constitucional; esa misma razón (ser mera condición de procedibilidad), permite desarrollar efectos retroactivos; circunscribiendo la duración de la suspensión al ejercicio del cargo, se salva la razonable duración del proceso y los derechos de defensa, *cfr.* A. PUGIOTTO: *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «Lodo Macchiano»*, en <http://www.constitucionalismo.it>, a 2-XII-03.

puesta condición de procesabilidad, es precisamente el elemento de singularidad indispensable en toda prerrogativa, que en este caso afecta al momento del ejercicio de la acción penal. Fuera de este polo de atracción (la quiebra de la igualdad), el resto de los matices (defensa de la función o del cargo; posposición o sustracción de la jurisdicción) carecen de importancia suficiente. Por ello, al margen de las reflexiones que adjuntaremos sobre su finalidad, la suspensión de procesos encaja provisoriamente en el concepto general de prerrogativa.

Admitido que la suspensión de procesos era una nueva prerrogativa a favor, en lo que ahora nos interesa, del Presidente del Consejo, el siguiente paso en el análisis constitucional hubiera sido determinar si la creación de esa prerrogativa por ley ordinaria suponía un vicio de inconstitucionalidad. Dos eran aparentemente las alternativas. Una de ellas, concentrar la inconstitucionalidad en un defecto formal debido al uso inadecuado de las fuentes. Si se considera, como parece evidente, que la suspensión de procesos crea una prerrogativa no prevista en el régimen de inmunidad dispuesto por los artículos 68, 90 y 96 de la Constitución italiana, la fuente oportuna para incluirla hubiera sido la ley constitucional (34). Sin embargo, el análisis de la Corte se desenvuelve estrictamente en los «vicios materiales» de la ley.

En estas circunstancias, el juicio ha de identificar la lesión de un derecho o bien constitucional. Tal es la conclusión de la Corte, para quien, como ya hemos visto, la suspensión vulnera el derecho de defensa del imputado (35), el derecho de resarcimiento de la parte civil, la duración razonable de los procesos y el principio de igualdad por exclusión de otros miembros de los órganos constitucionales a cuyos presidentes se cubre con la inmunidad. Motivos de inconstitucionalidad que parecen subalternos a la verdadera ra-

(34) En este sentido se manifiesta el propio juez que propone la cuestión de inconstitucionalidad, o la mayoría de la doctrina, véase el análisis detenido de S. STAMMATI: «Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforma», *Bollettino*, núm. 3/2003 del Instituto di Studi Giuridici-Facoltà di Giurisprudenza, pág. 23, donde destaca que la ley innova y transgrede los artículos 68, 90 y 96 de la Constitución; en el mismo sentido G. AZZARITI: *Sospensione dei processi e Costituzione*, y S. MERLINI: *Le esternazione di Berlusconi e le immunità*, ambos en <http://web.unife.it/progetti/>, a 7-X-03.

(35) Sin duda, este motivo de inconstitucionalidad tiene algo de rocambolesco. A. PUGIOTTO, trayendo a colación algunas sentencias anteriores de la Corte, anunció ya la posibilidad de que este órgano se encaminara por una línea argumentativa de este tipo. El citado autor se esfuerza en fundamentar esta solución alegando que la mejor defensa es un «proceso rápido», *cfr.* A. PUGIOTTO: *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «Lodo Macchiano»*, en <http://www.constituzionalismo.it>, a 2-XII-03. El caso Berlusconi nos muestra lo candoroso de esta hipótesis. La mejor defensa, sin duda, es la impunidad.

zón que alienta las argumentaciones del juez que eleva la cuestión y que late bajo la discusión sobre las prerrogativas: la lesión de la igualdad (y subordinadamente la obligatoriedad de la acción penal ejercida por el Ministerio Público, según el art. 112, que es instrumental a la obligatoriedad de la acción penal).

Con todo, dando por buenos los motivos de inconstitucionalidad esgrimidos por la Corte, se percibe todavía una carencia de argumentación o una sutil contradicción. Recordemos cómo la Corte Constitucional afirmó que la ley pretendía tutelar «el sereno desenvolvimiento de las funciones relevantes propias de los cargos» (36). Ahora bien, ¿no es esta una finalidad que, desarrollada proporcionalmente, puede justificar la limitación de los bienes constitucionales que la Corte entendió lesionados? ¿No tendría la Corte que haber profundizado en el estudio de la relación adecuada entre el fin que se quería proteger con la ley y los mecanismos arbitrados para alcanzar ese fin, esto es, la suspensión de procesos? La argumentación transita sin solución de continuidad desde el reconocimiento del fin que ampara la suspensión de procesos hasta los motivos de inconstitucionalidad, y ese es el salto que ahueca la argumentación de la decisión y abre lugar a diversas especulaciones. Pero, en mi opinión, es posible acortar las distancias y comprobar cómo la Ley núm. 240/2003 no persigue razonablemente el fin que anuncia la propia Corte (37). El hecho jurídico de que la suspensión de procesos se extienda a los delitos ajenos al ejercicio de la función y la titularidad del cargo, sobre todo a aquellos cometidos antes de ser investido, se alejan de la finalidad presupuesta. Ha de afirmarse que la ley a juicio no crea verdaderamente una prerrogativa, sino un mero privilegio. Conclusión aún más rotunda si, a diferencia de la Corte, la constitucionalidad de la suspensión se analiza a la luz de la finalidad que anteriormente he imputado de modo general a la prerrogativa de inmunidad: preservar el equilibrio de poderes. En este caso, no es posible defender que la suspensión de procesos aplicada de modo automático y contra procesos iniciados antes de adquirir el cargo, sea un mecanismo adecuado para dar cuenta de la finalidad perseguida. Más bien es un instrumento útil para crear un espacio de impunidad.

(36) Nótese que la finalidad que le atribuye la Corte es distinta a la que yo he identificado en páginas anteriores.

(37) A. PUGIOTTO: *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «Lodo Macanico»*, en <http://www.constituzionalismo.it>, a 2-XI-03, donde plantea las diversas ratios que pueden justificar la ley.

2. *Responsabilidad criminal y sistema de gobierno: más allá de la concreta disputa constitucional*

Quisiera finalmente rescatar la tesis esbozada en el primer epígrafe de este trabajo. Afirmaba entonces, al exponer las «estrategias jurídicas del populismo», que la regulación de la inmunidad intentada por la mayoría de gobierno habría tenido la consecuencia político-constitucional de remitir la dilucidación de la responsabilidad criminal al momento electoral. Intención que, como ya sostuve, se encuadra en una voluntad más amplia, orientada a escorar el régimen político italiano hacia un seudo presidencialismo caracterizado por rasgos plebiscitarios de naturaleza populista.

He de finalizar mi comentario realizando algunas reflexiones sobre el encaje del *Lodo Schifani* en el marco constitucional italiano. Recordemos que tanto el Tribunal que plantea la cuestión como las partes que tachan de inconstitucional la ley, dejan traslucir la idea de que la suspensión de procesos hubiera sido lícita de haberse utilizado la fuente adecuada, esto es, la ley constitucional (38). Así las cosas, podríamos aventurar que los intentos de Berlusconi por modificar su responsabilidad penal como Presidente del Consejo de Ministros quizás solo habrían escenificado su primer acto, a la espera del momento político oportuno para introducir la suspensión de procesos, ahora ya sí, con la fuente correcta. En un panorama de este tipo, y si mi hipótesis es acertada (la suspensión de procesos conduce a una plebiscitación del sistema político italiano), una pequeña modificación de la Constitución trastocaría de manera fundamental el régimen político italiano. Llega, por tanto, el momento de aportar algunos argumentos sobre los que se pueda apuntalar mi posición.

Han sido muchos y cualificados los autores que nos han señalado la distinción entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal. Generalmente, la separación se fija en el momento del control, el parámetro y las consecuencias (39). Pese a la clara distinción entre responsabilidad penal y

(38) Siguiendo, por ejemplo, los impulsos constitucionales de otros países, como Francia en referencia a la Presidencia de la República, *cfr.* E. GROSSO: *La dilatazione delle immunità e la fuga dalla responsabilità: una tendenza non solo italiana*, en <http://www.constituzionalismo.it>, a 2-XI-03. Si bien, son impulsos minoritarios como refleja el amplio estudio AA.VV.: «Ricerca di diritto comparato sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma secondo in relazione all'art. 1 comma primo della Legge 26 giugno 2003, n. 140», *Servizio Studi*, Corte Costituzionale.

(39) El control político institucionalizado, es decir, aquel que se realiza en sede parlamentaria, se ha de ejercer de acuerdo con los requisitos del derecho parlamentario, por lo que no es absolutamente libre en su activación. Con todo, al margen de los requisitos formales para el uso

responsabilidad política, no siempre se subraya con la misma intensidad una consecuencia insoslayable: el mismo órgano no puede intervenir en la exigencia de ambas responsabilidades, bajo el riesgo de que se solapen y una de ellas resulte inoperante (como nos mostró el propio caso italiano). Dicho de otro modo, si la responsabilidad política y la responsabilidad penal se mueven en lógicas distintas, viene de suyo que se articulen mediante órganos diversos, unos de corte político y otros de naturaleza jurisdiccional.

No obstante, la tozudez de los constituyentes a la hora de contravenir este axioma, esencialmente intercalando a los Parlamentos en alguna fase del control jurídico, nos debe hacer reflexionar sobre su aparente solidez. Quiebra, de un lado, por el peso de la historia. El juicio político fue primero que la responsabilidad política institucional, de ahí que, a modo de reliquia, continúen apareciendo en las Constituciones los llamados delitos políticos. De otro, la nítida distinción ente la responsabilidad política y la responsabilidad jurídica cede a la hora de elegir los órganos y los instrumentos útiles para su exigencia, porque, como vimos al estudiar las funciones de las prerrogativas, ocurre que

de los diversos instrumentos parlamentarios de control, el momento es incondicionado, sea por los plazos o la causa del control. Límites totalmente inexistentes si nos referimos ya a lo que U. Rescigno calificó como control político difuso. En este caso, fuera de cualquier condicionamiento jurídico, el control político es ajeno a la idea de extemporaneidad. No ocurre igual en el control jurídico. Como es de sobra sabido, el ejercicio de cualquier acción procesal siempre está sometida a requisitos formales y materiales de admisión que pueden hacer inoperante, aunque esté suficientemente fundada, cualquier reclamación. La segunda diferencia surge en el parámetro de control. La responsabilidad, en el control político, nace sobre la tacha de inoportunidad, esto es, desde un juicio que versa en torno a la bondad de los fines escogidos y la pertinencia de los medios seleccionados. Por el contrario, el parámetro de control jurídico resulta de una regla construida sobre disposiciones textuales predeterminadas e indisponibles, que sólo admiten el auxilio de criterios hermenéuticos contrastables. Finalmente, se marca el acento en las consecuencias del control. Si se cumplen las condiciones previstas en el imperativo normativo, del control jurídico siempre surge una consecuencia preestablecida. En cambio, la labilidad del parámetro con el que se ejercita el control político se manifiesta en la imprecisión de sus consecuencias. Salvo en el supuesto de la moción de censura, el control político, sea en la vertiente institucional o en la difusa, aspira a saldar réditos en el momento electoral. Junto al trabajo capital de U. RESCIGNO: *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, conviene recordar otros nombres claves del derecho constitucional europeo como M. GALICIA: *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Giuffrè, 1972; K. EICHENBERGER: «Die politische Verantwortlichkeit der Regierung im schweizerischen Staatsrecht», en *FS H. Huber*, Stämpfli, Bern, 1961; U. SCHEUNER: «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung», en *FS G. Müller*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1970; sin olvidar los importantes trabajos que ha dado nuestra doctrina, *cfr.* M. ARAGÓN REYES: *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995; F. RUBIO LLORENTE: «El control parlamentario», en su libro *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997; J. GARCÍA MORILLO: «Responsabilidad política y responsabilidad penal», *REDC*, núm. 52, 1998.

otros fines constitucionales imponen articulaciones que ensamblan instituciones aparentemente extrañas al tipo de responsabilidad que se quiere saldar. Sin embargo, el *Lodo Schifani* propone una articulación extraordinariamente novedosa al congelar la exigencia de responsabilidad hasta el momento del cese en el cargo. En mi opinión, esta traslación de la responsabilidad jurídica al instante electoral ha tener consecuencias demoledoras.

La intervención popular en la determinación de la responsabilidad penal trastoca en modo fundamental la distinción entre responsabilidad política y responsabilidad penal. En el momento electoral ya no se eligen solamente representantes, líderes y programas, sino que se condiciona también la responsabilidad penal. Bajo la retórica del principio democrático, las elecciones disponen la potestad sanadora de responsabilidades jurídico-penales; el pueblo es convocado para decidir sobre la efectividad de los límites jurídicos (pero, además, la importancia y complejidad de esa decisión se encubre en la marea de opciones que se agolpan en unas elecciones). La actuación electoral deja de ser constitucionalmente organizada y cobra las trazas de un poder ajurídico. El pueblo es llamado a fallar sobre una de las raíces del Estado constitucional: la existencia de límites jurídicos en el ejercicio del poder. Se cierra así el círculo populista. La intervención del cuerpo electoral se convierte en un instrumento capaz de desvirtuar las bases del sistema constitucional. La relación entre el líder y el pueblo deja de ser de confianza política y se transmuta en un mecanismo que inutiliza un principio fundamental del Estado constitucional: los gobernantes no pueden usar el poder público para perseguir su propio interés. En una curiosa y dramática paradoja, la fuente de legitimidad del Estado constitucional, el pueblo, se empeña para desvirtuar las bases del propio Estado constitucional.

