

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

I. Los derechos constitucionales: un análisis preliminar	231
II. El problema de la garantía de los derechos constitucionales y la separación de poderes	233
III. Garantías frente al Poder Legislativo	236
IV. Garantías frente al Poder Ejecutivo	239
V. Garantías frente al poder jurisdiccional	243
VI. <i>Quis custodiet ipsos custodes?</i>	245

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA*

I. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: UN ANÁLISIS PRELIMINAR

Se denomina “derecho subjetivo” una posición de ventaja que es conferida a un sujeto por una norma jurídica.

Evidentemente, un derecho subjetivo puede ser conferido por las normas más diversas, consideradas desde el punto de vista de las fuentes de las que provienen. Por lo tanto, en principio, es posible clasificar los derechos subjetivos según la fuente de la que derivan. Se puede distinguir, por ejemplo, entre: derechos subjetivos “contractuales”, derechos subjetivos “legales” y derechos subjetivos “constitucionales”. Un derecho “contractual” es un derecho cuya fuente consiste en un contrato, es decir, un acto de autonomía privada. Un derecho “legal” es un derecho que ha sido conferido a un sujeto en virtud de una norma legislativa, es decir, de una norma que tiene “fuerza de ley”. Un derecho constitucional, a su vez, es un derecho que ha sido conferido a un sujeto por una norma constitucional, es decir, por una norma puesta en un plano “superior” (cuando menos en sentido axiológico) respecto de una ley.

Es evidente, por otra parte, que dicha distinción —en particular aquella entre derechos “legales” y derechos “constitucionales”— no tiene ninguna relevancia en aquellos sistemas jurídicos que poseen una Constitución flexible. En estos sistemas la ley ordinaria, al estar situada en el mismo nivel jerárquico que las leyes constitucionales, está autorizada a modificar o derogar

* Traducción de Andrea Greppi, Universidad Carlos III de Madrid.

las normas constitucionales, por lo tanto, el legislador está autorizado a limitar o suprimir tanto los derechos legales (aquellos derechos que ella misma ha atribuido), como los derechos constitucionales.

Por el contrario, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con Constitución rígida. Puesto que, si la Constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella y por lo tanto no está autorizada a modificar o derogar normas constitucionales. En dichas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (las cuales pueden en cambio suprimir un derecho legal).

En otros términos, en los sistemas de Constitución rígida los derechos subjetivos conferidos por la Constitución (o por una ley formalmente constitucional) se caracterizan por una especial capacidad de “resistencia”, por una protección realmente especial. Son derechos que el legislador ordinario (en cuanto contrapuesto al legislador constituyente o constitucional) no está autorizado a limitar, modificar o suprimir.

Un derecho subjetivo no es más que una ventaja conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) al que se le impone un deber (una obligación) correlativo. Se puede decir que un determinado derecho es un derecho subjetivo “privado”, cuando es conferido a un individuo frente (o contra) a otro individuo privado. Se puede decir en cambio que un determinado derecho es un derecho subjetivo “público” cuando es conferido a un individuo frente al Estado. Así pues, los derechos subjetivos conferidos por la Constitución son fundamentalmente derechos subjetivos públicos, es decir, derechos conferidos a los ciudadanos frente (o contra) al Estado.

Tener un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa poder exigir a ese sujeto un comportamiento determinado: éste es el “contenido” del derecho subjetivo. El contenido del derecho no es otra cosa que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir que cumpla el otro sujeto.

Por lo que respecta a los derechos públicos constitucionales, en la mayor parte de los casos, el contenido del derecho no es una acción, sino más bien una omisión, una abstención, del Estado. Por ejemplo, no se trata de que los ciudadanos, que poseen un derecho constitucional de reunión, puedan pretender que el Estado lleve a cabo una acción cualquiera: pueden exigir sólo que el Estado no prohíba (mediante actos jurídicos) ni impida (mediante actos materiales) las reuniones de ciudadanos.

Los derechos públicos constitucionales, cuyo contenido es una abstención del Estado, son denominados normalmente “derechos de libertad”. “Libertad”, en efecto, significa (en el lenguaje común) ausencia de obstáculos: quien posee un derecho de libertad puede exigir el no ser obstaculizado en la realización de una determinada acción (o en la omisión de una determinada acción).

II. EL PROBLEMA DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

En el lenguaje político común, se habla de “garantías ” de los derechos de una forma completamente genérica e imprecisa. Se dice, por ejemplo, que cierto derecho está “garantizado” por la Constitución desde el momento en que dicho derecho ha sido simplemente proclamado, con solemnes palabras, en un texto constitucional.

Pero este uso lingüístico, evidentemente, tiene el defecto de no distinguir entre la atribución de un derecho y la protección del derecho mismo. Un derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero ello no conlleva de por sí que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado. Por ejemplo, una disposición constitucional del siguiente tenor: “Todo ciudadano puede... hablar, escribir, imprimir libremente” (artículo 10, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789), sin duda alguna otorga a los ciudadanos ciertos derechos subjetivos, pero no se puede decir que por ello tales derechos queden también garantizados y protegidos. Una cosa es proclamar que “la libertad personal es inviolable” (artículo 13, I, Constitución ita-

liana), y otra es poner en práctica los mecanismos idóneos para asegurar la observancia de dichos principios (artículo 13, II).

La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que confiere el derecho en cuestión. Sólo puede ser establecida por otra norma que instituya mecanismos destinados a prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera sea violada.

Una garantía es precisamente una protección. Las garantías de los derechos constitucionales son protecciones de los derechos de los ciudadanos contra el Estado: equivalen a “barreras” interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos.

A partir de Locke y Montesquieu, se ha difundido la idea de que la garantía fundamental de los derechos de libertad es la “separación de poderes”. Esta forma de pensar ha sido consagrada en la Declaración de 1789 que, en su artículo 16, proclamaba: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, y en la cual la separación de los poderes no esté determinada, carece de Constitución”. Ahora bien, las ideas fundamentales que subyacen en la doctrina de la separación de poderes son las siguientes.

En primer lugar: división del poder estatal. El poder estatal (el poder político considerado en su conjunto) debe estar dividido, fragmentado. Si todo el poder político estuviera concentrado en las manos de un sólo órgano (o de un sólo individuo), ese órgano sería evidentemente muy poderoso, dispondría de un gran poder. Por el contrario si el poder político está fragmentado y dividido entre una pluralidad de órganos (o de individuos), cada órgano dispone necesariamente de un poder más pequeño, más débil, menos penetrante, menos invadente.

En segundo lugar: *checks and balances*, es decir (en palabras de Montesquieu) “el poder frena el poder”. Cuando el poder político está dividido en una pluralidad de órganos, se hace posible que estos órganos ejerzan un control recíproco entre sí, que se obstaculicen mutuamente en el ejercicio de sus poderes respectivos. Ello hace más difícil para cualquier órgano tanto el ejercicio como el abuso del poder de que disponen, y obstaculiza por ello todo atentado a la libertad de los ciudadanos.

De esta forma la llamada separación de poderes es una garantía que produce sus efectos frente al poder político (el poder estatal) en su conjunto. Ella es un medio para limitar el poder político en general.

Sin embargo, puesto que las funciones fundamentales del Estado (la función legislativa, la función de gobierno y la función jurisdiccional) están separadas y atribuidas a órganos diferentes, nace un nuevo problema que es, en definitiva, el problema fundamental del constitucionalismo. Es la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente, frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales.

La separación de poderes actuará frente al Estado en cuanto tal. Pero será necesario encontrar también garantías específicas frente al Legislativo, garantías frente al gobierno y también garantías frente al Poder Judicial.

En los párrafos siguientes (del III al V) me propongo describir de manera escueta las garantías de los derechos de libertad adoptadas por la Constitución italiana vigente. En el último párrafo suscitaré un problema que pertenece, al mismo tiempo, a la teoría general del derecho y a la política constitucional.¹

1 La argumentación que hemos desarrollado hasta aquí no se extiende a los llamados derechos constitucionales “sociales”. Los derechos sociales son situaciones subjetivas que se diferencian de los derechos de libertad al menos en tres aspectos relevantes:

a) En primer lugar, el contenido de un derecho social no es una omisión sino una acción del Estado; por ejemplo, se ha convertido en una obligación del Estado la “tutela de la salud” (artículo 32, I, Constitución italiana), o la “tutela del trabajo” (artículo 35, I).

b) En segundo lugar, la acción requerida al Estado es completamente indeterminada; por ejemplo, muchas y muy diferentes son las formas de tutelar la salud y el trabajo.

c) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, los derechos sociales no están asistidos por garantías específicas; por ejemplo, no puede recurrirse al juez para obtener una sentencia que condene al Estado a adoptar una medida específica para la tutela de la salud o de trabajo. Los derechos sociales, en otros términos, son situaciones subjetivas (a las cuales es lícito dudar que pueda ser aplicado el nombre de “derechos”) atribuidas por disposiciones constitucionales de carácter meramente programático: disposiciones que están dirigidas, según los casos, al legislador o al Estado en su conjunto, proponiendo la realización de ciertos programas sociales o económicos.

III. GARANTÍAS FRENTE AL PODER LEGISLATIVO

En la Constitución italiana se pueden encontrar principalmente tres disposiciones que producen sus efectos frente al Poder Legislativo:

1. La primera garantía no es más que la propia rigidez de la Constitución, más concretamente, la prescripción de un procedimiento especial, “agravado”, para la revisión de la Constitución (artículo 138). En virtud de dicha prescripción, el Poder Legislativo “ordinario” (y por lo tanto una simple mayoría parlamentaria) no está autorizado para derogar o modificar la Constitución, por lo tanto, el Poder Legislativo no puede limitar o suprimir ningún derecho subjetivo constitucional si no es por medio de dicho procedimiento especial, destinado a complicar, y por lo tanto a dificultar, la revisión constitucional.²

Por otra parte, esta primera garantía no tendría ninguna eficacia práctica si no hubiera ningún órgano autorizado para controlar la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, es decir, su conformidad a las normas constitucionales. Si ningún órgano de ese tipo hubiera sido previsto, la prohibición de modificar la Constitución mediante simples leyes ordinarias sería una prohibición desprovista de toda sanción, en ese caso, la violación de la prohibición no tendría remedio.

2. La segunda garantía frente al Poder Legislativo es precisamente el control sobre la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, atribuido a la Corte Constitucional (artículos 134 y

2 En abstracto, podría imaginarse una garantía superior: la prohibición *tout court* de modificar la Constitución. Ante tal prohibición, el legislador no estaría autorizado a derogar o modificar de ninguna manera los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos. Sin embargo, es muy raro que una Constitución prohíba totalmente su revisión. Por el contrario, existen muchas Constituciones que prohíben la modificación sólo de algunas de sus partes. Así la Constitución italiana vigente (como también la Constitución francesa de la “Quinta República”) sólo prohíbe la modificación de la forma republicana de gobierno (artículo 139). Ello evidentemente no afecta directamente a los derechos subjetivos de los ciudadanos. Las normas constitucionales que confieren derechos subjetivos a los ciudadanos pueden ser derogadas o modificadas. Debe ser señalado, por otra parte, que está bastante difundida en Italia una opinión doctrinal diferente (unida a la llamada teoría de la “Constitución material”) según la cual estarían implícitamente excluidos de la revisión constitucional los “derechos fundamentales” mencionados en el artículo 2o. de la Constitución.

ss.). Como sucede en la mayor parte de los casos, también en Italia, dicho control es efectuado por un órgano jurisdiccional (así es en Estados Unidos, en la República Federal de Alemania, en España, etcétera). Conviene recordar aquí dos distinciones fundamentales entre los diversos sistemas de control de constitucionalidad.

Por un lado, el control de legitimidad constitucional de las leyes puede ser preventivo (o *a priori*, es decir, anterior a la entrada en vigor de la ley) o sucesivo (o *a posteriori*, es decir, sucesivo a la entrada en vigor de la ley). En el primer caso (es el caso de Francia), en línea de principio una ley inconstitucional no puede ni siquiera entrar en vigor.³ Habitualmente el control de constitucionalidad *a priori* es ejercido por un órgano no jurisdiccional, sino político. En el segundo caso (es el de Italia, Estados Unidos, etcétera), por el contrario, una ley inconstitucional puede entrar en vigor, e incluso ser aplicada durante un largo periodo antes de ser declarada inconstitucional: puede suceder también que la ilegitimidad constitucional de una ley nunca llegue a ser reconocida y declarada. Habitualmente el control *a posteriori* es ejercido por órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el control jurisdiccional *a posteriori* sobre la legitimidad de las leyes, puede ser “difuso” o “concentrado”. Se considera difuso cuando el control de constitucionalidad es competencia de todos los jueces ordinarios; se considera concentrado cuando ha sido confiado a la exclusiva competencia de un juez específico (un tribunal constitucional). En el primer caso (que es el de Estados Unidos), cada juez está autorizado para declarar la ilegitimidad constitucional de una ley, y por lo tanto a rechazar su aplicación, pero, en línea de principio, ello no excluye que otros jueces tengan una opinión diferente al respecto, y que por lo tanto sigan aplicando la misma ley (salvo en el caso de que las decisiones de la Corte Suprema se impongan a todos los jueces o bien por su propia autoridad, o como en Estados

3 O, mejor dicho, una ley inconstitucional ni siquiera podría llegar a entrar en vigor, en el caso de que toda ley fuese sometida (con anterioridad) a un control de legitimidad (lo cual, en Francia, no se produce).

Unidos, por su valor de precedente vinculante). En el segundo caso (que es el de Italia), el juez constitucional está autorizado a anular la ley inconstitucional con una eficacia general *erga omnes*; por consiguiente, la ley inconstitucional no puede ser aplicada nunca más por ningún juez en ninguna controversia futura.

En breve, en la Constitución italiana, el control de constitucionalidad será ejercido (prevalentemente, no de forma exclusiva) *a posteriori*, por vía de excepción, por medio de un órgano jurisdiccional especializado.⁴

3. La tercera garantía es el referéndum popular derogatorio de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley (artículo 75, I, Constitución italiana). En nuestro ordenamiento constitucional, el pueblo no está autorizado a revocar a sus representantes en el

4 Intuitivamente, el control concentrado es más eficaz que el difuso desde el punto de vista de la certeza del derecho. Por otra parte el control preventivo sería más eficaz que el sucesivo desde el punto de vista de la tutela de la legalidad constitucional. Pero aquí el condicional es obligado por diferentes motivos.

a) Es verdad que el control preventivo impide incluso la entrada en vigor de una ley inconstitucional, mientras que el control sucesivo no sólo no impide esta circunstancia, sino que ni tan siquiera impide que todas las leyes inconstitucionales sean expulsadas del ordenamiento. También es verdad, sin embargo, que en el control preventivo algunos aspectos de inconstitucionalidad de la ley pueden pasar desapercibidos. El control de constitucionalidad obviamente presupone la interpretación no sólo de la Constitución sino también de la ley. Ahora bien, existen dos maneras de aproximarse a la interpretación de una ley: por una parte se puede analizar el significado del texto legislativo “en abstracto” (interpretación orientada a los textos); por otro, se puede indagar “en concreto” la posibilidad de que una controversia determinada recaiga en el ámbito de aplicación de la ley (interpretación orientada al caso concreto). La primera aproximación es la única que está a disposición de un órgano encargado de un control previo de constitucionalidad. El defecto del control previo está en el hecho evidente de que difícilmente una interpretación “en abstracto” puede prever todos los significados posibles de un texto, y por lo tanto sopesarlo todo desde el punto de vista de la legitimidad constitucional. Es inevitable que algunos significados posibles del texto legislativo solamente salgan a la luz “en concreto”, es decir, sólo en su fase de aplicación. Por otra parte, cualquier ley puede llegar a asumir un significado inconstitucional que no era previsible en el momento de su promulgación, también en virtud del fenómeno (difícilmente evitable) de la interpretación evolutiva. A falta de un control de *inconstitucionalidad a posteriori*, ello puede ser evitado sólo por una jurisprudencia uniformemente orientada a la interpretación unificadora.

b) El control previo, obviamente, no puede ser efectuado sobre leyes anteriores a la Constitución. Si se pretende garantizar la legalidad constitucional de las leyes anteriores a la Constitución, el control preventivo debería ser completado por un control posterior. Por ejemplo, los jueces ordinarios podrían quedar autorizados a no aplicar por inconstitucionalidad sobrevenida (en virtud del principio de la norma posterior en el tiempo: *lex posterior derogat priori*) las leyes inconstitucionales anteriores a la Constitución.

Parlamento, en caso de que no apruebe sus orientaciones políticas (artículo 67). Sin embargo, mediante el referéndum derogatorio, la mayoría de los electores está autorizada a revocar leyes o partes de leyes. Encontramos aquí un contrapoder de democracia directa, por medio del cual el propio pueblo ejerce un control político sobre el ejercicio del Poder Legislativo.

De todos modos, es necesario recordar que esta garantía está sujeta a un límite material y a uno procedimental. Por un lado, el referéndum derogatorio tiene un radio de acción limitado, porque la propia Constitución excluye que puedan ser sometidos a referéndum ciertos tipos de leyes (leyes tributarias, presupuestos del Estado, de amnistía y de indulto, de autorización a la ratificación de tratados internacionales: artículo 75, II, Constitución italiana; quedan también excluidas del referéndum derogatorio las leyes constitucionales: *a contrario ex* artículo 138). Por otro lado, toda petición de referéndum está sometida a un control previo de admisión por la Corte Constitucional (artículo 20., Ley Constitucional 1/1953), a la cual se le confiere precisamente la tarea de velar por la observancia de los límites sustanciales anteriormente señalados. Por desgracia estos dos límites han influido entre sí, restringiendo ulteriormente el radio de acción de esta garantía. En el sentido en que la Corte Constitucional (a partir de la sentencia 16/1978), aprovechando su poder de control previo, se ha atribuido la función de legislador constituyente y ha multiplicado los límites sustanciales del referéndum mucho más allá de los pocos casos previstos expresamente por la Constitución.

IV. GARANTÍAS FRENTE AL PODER EJECUTIVO

Existen en la Constitución italiana principalmente cuatro garantías que producen sus efectos frente al Poder Ejecutivo (el gobierno y la administración pública):

1. La primera garantía no es otra que la propia preeminencia del Legislativo sobre el Ejecutivo, la subordinación política del gobierno al Parlamento. Esta subordinación se manifiesta por lo menos de tres maneras:

- a) En primer lugar el gobierno debe, en principio, actuar dentro de los límites fijados por las leyes. Se trata del principio de legalidad de la administración: el *rule of law*. Por un lado, el gobierno no puede hacer nada que la ley no le autorice. Por otro, es ilegítimo todo acto del gobierno que no sea conforme a la ley. A decir verdad, este principio no está expresamente formulado en el texto constitucional (a menos de que no se considere implícito en el artículo 101, I). Suele decirse, sin embargo, que es un principio implícito en todo sistema constitucional liberal.
- b) En segundo lugar los actos normativos típicos del Poder Ejecutivo, es decir, los reglamentos, están subordinados a la ley en la jerarquía de las fuentes del derecho. Ello significa que la conformidad a la ley es condición necesaria para la validez de los reglamentos. También este principio puede ser considerado como un principio implícito en la Constitución (está expresamente fijado sólo en las fuentes de rango legislativo: artículo 4o., I, disposiciones sobre la ley en general; artículo 5o., Ley sobre el Contencioso Administrativo).
- c) En tercer lugar, la legitimidad de todo acto político de gobierno está condicionada por la “confianza” del Parlamento (artículo 94, I, Constitución italiana). La mayoría parlamentaria puede negar su confianza a un gobierno con el que no comparte su programa político; así como puede revocar la confianza, que otorgó inicialmente, a un gobierno con el que no comparte sus criterios de acción política. Cuando un gobierno no obtiene esta confianza (en el acto de su formación) o la pierde (durante su mandato), tiene la obligación constitucional de dimitir (*a contrario ex* artículo 94, III). Se trata de un principio característico de las formas parlamentarias de gobierno.

Es necesario subrayar, sin embargo, una paradoja de los regímenes parlamentarios. Por un lado, la necesidad de la confianza somete al gobierno al control constante del Parlamento. Por otro, la propia existencia de ese régimen fiduciario entre ambos órga-

nos hace que ese control tienda a ser ilusorio e ineficaz. Un gobierno que posea la confianza del Parlamento es un gobierno que dispone de una mayoría parlamentaria que le favorece (ello es precisamente la expresión de una mayoría política). Sucede así que el gobierno está controlado por “su” mayoría, es decir, la mayoría política existente se controla a sí misma. En estas condiciones es difícil que el Parlamento pueda funcionar como “contrapoder” con respecto al gobierno. Es obvio que el control parlamentario sobre el gobierno es más eficaz cuando el gobierno no posee en absoluto una mayoría política preconstituida (como puede suceder, y sucede, en las formas presidenciales de gobierno).

2. La segunda garantía es un conjunto de reservas de ley, es decir, que la Constitución confía la regulación de ciertas materias a la competencia exclusiva de la ley. Como consecuencia de ello tales materias no pueden ser objeto de la regulación por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos. Las materias reservadas a la competencia normativa de la ley son precisamente aquellas relativas a los derechos de libertad de los ciudadanos. Por ejemplo, el gobierno no está autorizado a disponer mediante reglamentos en materias penales (artículo 25, II, Constitución italiana), en materia de libertad personal (artículo 13, II), etcétera. Todo reglamento en materia reservada a la ley es, en principio, ilegítimo por falta de competencia, y por ello inválido.

La ilegitimidad de un reglamento puede ser declarada (en vía incidental) por cualquier juez ordinario, el cual está autorizado a rechazar la aplicación de un reglamento ilegítimo (artículo 50., Ley sobre el Contencioso Administrativo, 1865). Los tribunales administrativos regionales y el Consejo de Estado, por su parte, están autorizados a reconocer la legitimidad de los reglamentos en vía principal y anular los reglamentos ilegítimos.

Debe destacarse que esta garantía se manifiesta también, al mismo tiempo, frente al legislador. Y ello porque la reserva de ley en una determinada materia obliga al legislador a ofrecer una regulación completa de esa materia, por lo tanto no está permitido que el legislador delegue en el poder normativo (reglamentario) del gobierno la regulación de una materia reservada a la ley.

Sin embargo, hay que señalar que en nuestro ordenamiento constitucional la garantía de la reserva de ley queda gravemente debilitada en virtud de dos doctrinas elaboradas por la dogmática y por la jurisprudencia. Por un lado los juristas han teorizado que mediante ciertos actos, a los cuales la Constitución atribuye la misma “fuerza” que a la ley (decretos-ley y decretos legislativos delegados), el gobierno está autorizado también a regular las materias reservadas a la ley. Por otra parte los juristas han introducido la distinción entre dos tipos de reserva de ley: en ciertas materias (por ejemplo en materia penal, artículo 25, II) existe una reserva “absoluta”, y por lo tanto en dichas materias cualquier reglamento del Ejecutivo es, en principio, ilegítimo, pero en otras materias (por ejemplo en materia tributaria, artículo 23) existe una reserva solamente “relativa”, y por lo tanto en estas materias el Poder Legislativo puede limitarse a establecer los principios fundamentales, autorizando al poder reglamentario del Ejecutivo para completar la regulación del legislador con normas de detalle.⁵

3. La tercera garantía es la protección jurisdiccional de los derechos subjetivos, es decir, el control jurisdiccional sobre todos los actos del Poder Ejecutivo (artículos 24 y 113, Constitución italiana). Cualquier acto administrativo que choque con la Constitución o con la ley puede ser impugnado frente a los jueces mediante un recurso (a los jueces administrativos se les puede solicitar la anulación del acto ilegítimo, a los jueces civiles se les puede pedir el resarcimiento de los posibles daños derivados del acto ilegítimo).

Por razones evidentes, esta garantía está vinculada de forma muy estrecha a uno de los aspectos de la separación de poderes en sentido clásico, es decir, a la independencia de los jueces frente al Ejecutivo (artículos 101 y 104, Constitución italiana). A todas luces, la independencia frente al Poder Ejecutivo es condi-

5 La distinción entre reserva de ley “absoluta” y “relativa” está consagrada ya en el propio lenguaje legislativo. El artículo 17, II, de la Ley 400/1988 emplea (sin definirla), la locución “reserva absoluta”; a la misma distinción alude, probablemente, el apartado anterior, aunque sea para declararla (en ciertos aspectos) irrelevante, allí donde habla de materias, “en todo caso”, reservadas a la ley.

ción necesaria de imparcialidad del juez en las controversias en las que el gobierno o la administración sea parte interesada.

4. La cuarta garantía es la llamada reserva de jurisdicción, en virtud de la cual ciertos actos del Poder Ejecutivo, que pueden afectar a determinados derechos del libertad, son admitidos sólo a condición de que sean autorizados previamente por un acto motivado de órgano jurisdiccional. Esta garantía, por otra parte, no se extiende a todas las libertades constitucionales, sino que protege sólo algunas de ellas: la libertad *personal* (*habeas corpus*), la libertad de domicilio, la libertad y el secreto en la correspondencia, la libertad de prensa (artículos 13-15 y 21, Constitución italiana), etcétera.

V. GARANTÍAS FRENTE AL PODER JURISDICCIONAL

En la Constitución italiana existen principalmente tres garantías que producen sus efectos frente al poder jurisdiccional, es decir, frente a los jueces:

1. La primera garantía es la obligación de motivar toda decisión jurisdiccional (artículo 111, I). Evidentemente ello impide que los jueces tomen decisiones de manera arbitraria. La obligación de motivar, en cuanto tal, somete a los jueces a una cierta forma de control social (sobre todo al control crítico que ejerce la propia cultura jurídica).

2. La segunda garantía es la sujeción del juez a la ley, es decir, el principio de legalidad en la jurisdicción (artículo 101, II). Este principio está cargado de consecuencias, a saber:

- a) En primer lugar, los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido en que no están autorizados a crear otras nuevas. La función de creación del derecho está reservada, en principio, al Poder Legislativo; en todo caso las decisiones jurisdiccionales tienen eficacia sólo *inter partes*, es decir, sus efectos se limitan al caso controvertido (artículo 2909, Código Civil italiano).

- b) Además los jueces deben aplicar las leyes, en el sentido de que tienen la obligación de conocerlas. Cuando un ciudadano invoca en su favor la aplicación por el juez de una cierta ley, no está obligado a demostrarle al juez la existencia de dicha ley o de informar sobre su contenido: las leyes deben ser conocidas por el juez.
- c) Los jueces tienen también la obligación de aplicar la ley, en el sentido de que no están autorizados a no aplicarlas (excepto en el caso de leyes derogadas por otras posteriores o por un referéndum popular, o de leyes anuladas por la Corte Constitucional por ser contrarias a la Constitución).
- d) Los jueces tiene también la obligación de aplicar “sólo” las leyes y no la Constitución o los reglamentos gubernativos. Por un lado, es tarea de la Corte Constitucional, y no de los jueces ordinarios, la aplicación de la Constitución, o sea, en concreto, la declaración de la legitimidad constitucional de las leyes. Por otro lado, los jueces no están obligados a aplicar siempre y en todo caso los reglamentos gubernativos: deben aplicarlos sólo si son conformes a las leyes, pero no deben aplicarlos si están en contraste con ellas.
- e) Por último, todo juez está vinculado sólo a las leyes, en el sentido de que posee una total autonomía de enjuiciamiento; no está sometido a las órdenes o directivas políticas de nadie. Por una parte ningún juez está ligado por vínculos jerárquicos a ningún otro juez. La Constitución establece a este respecto que “los magistrados se distinguen entre sí sólo por la diversidad de sus funciones” (artículo 107, III), y no por grados. Por otra, los jueces son independientes frente a “cualquier otro poder” (artículo 104).

La confluencia de estos dos principios (obligación de motivación y sometimiento a la ley) conlleva el que cualquier procedimiento jurisdiccional deba estar explícitamente fundado en precisas disposiciones legales.

3. La tercera garantía es el recurso por casación contra toda decisión jurisdiccional que esté en contraste con la ley (artículo

111, II). Este principio, de todos modos, se aplica a las decisiones de los jueces ordinarios, y no a las del Consejo de Estado: artículo 111, III). Ello implica un control sobre las decisiones de todos los jueces por parte de otros jueces, a excepción, obviamente, de los propios jueces de casación. La corte “suprema” de casación ejerce un control de legitimidad sobre todas las decisiones de los demás jueces (ordinarios), pero, naturalmente, las decisiones de la propia corte suprema no están sujetas a su vez a ningún control posterior.

VI. *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?*

Llegando a este punto pueden hacerse dos observaciones. Por una parte, la mayoría de las técnicas constitucionales de garantía de los derechos se reducen a alguna forma de control jurisdiccional. Se trata por ello de un control que llevan a cabo los jueces y que conlleva lo que se denomina “aplicación del derecho”.

Por otra parte, sin embargo, la jurisdicción no está sometida a su vez a controles externos. Son los jueces (constitucionales) quienes controlan la obediencia del legislador a las normas constitucionales; son también los jueces (ordinarios y contencioso-administrativos) quienes controlan la obediencia del gobierno a las normas legislativas, y, por último, son también los jueces (de casación) quienes controlan la obediencia de los demás jueces a la ley. Pero no existen controles de ninguna clase sobre las decisiones tanto de los jueces constitucionales, como de los jueces de casación (así como sobre las decisiones de los jueces administrativos de última instancia, esto es, del Consejo de Estado).

Por lo tanto, la garantía de los derechos queda, en su mayor parte, confiada a los jueces. Los jueces tienen la última palabra al respecto.

Ahora bien, esta técnica de garantía de los derechos se funda en la doctrina “formalista” de la interpretación y de la aplicación del derecho. Me refiero a la doctrina según la cual:

1. El derecho es un conjunto de leyes, es decir, un conjunto de textos que contienen un significado normativo unívoco, predestinado a su interpretación.

2. La interpretación del derecho es, por lo tanto, una actividad cognoscitiva de normas ya dadas en los textos normativos.

3. La aplicación del derecho, determinado mediante la interpretación, es una actividad completamente automática (un silogismo), que no implica valoración alguna o decisión política posterior a las decisiones de los órganos investidos de competencia normativa (esencialmente los órganos legislativos).

En definitiva, el poder jurisdiccional no es un poder normativo. Este es el fundamento conceptual de la teoría de Montesquieu, según la cual el poder jurisdiccional es un poder “en cierta forma nulo” y que el juez “no es más que la boca muda de la ley”. Para garantizar los derechos de libertad, el poder debe ser limitado por el poder, pero no hay necesidad de limitar al poder jurisdiccional porque dicho poder, al fin y al cabo, no es un “verdadero” poder.

El poder jurisdiccional es el que funciona como garantía de los derechos frente a los demás poderes, pero no plantea ningún problema la garantía de los derechos frente al propio poder jurisdiccional.

Evidentemente, esta técnica de garantía de los derechos es satisfactoria mientras que se mantenga la creencia en la aplicación formalista del derecho. Pero esta misma técnica deja por completo de ser satisfactoria si se piensa, por el contrario, que el poder de juzgar es, en sí mismo, un poder (en último análisis) normativo, y por lo tanto un poder político. Si se reconoce —como hoy en día todo el mundo hace— que también el poder jurisdiccional es un poder político, entonces nace el problema —completamente nuevo en el constitucionalismo— de inventar técnicas constitucionales idóneas para garantizar los derechos de libertad frente al Poder Judicial.