

## CAPÍTULO CUARTO

### LA CONSTITUCIÓN DE 1948 Y LA CULTURA JURÍDICA DE LOS COMIENZOS DE LA POSGUERRA

Con la caída del fascismo, el nacimiento de la República y la aprobación de la Constitución, se modificó radicalmente la forma del Estado italiano y, con ella, todo el paradigma del derecho. Esta transformación, de la que tardará largo tiempo en tomar conciencia la cultura jurídica, se manifiesta esencialmente en esa breve pero intensa fase de la democracia neonata que fuera la Asamblea Constituyente, de la que la carta constitucional fue un “producto autógeno” consecuencia de la calidad de sus componentes y de las fuertes tensiones civiles y políticas que animaron los trabajos.<sup>55</sup>

Inaugurada por Vittorio Emanuele Orlando, que en su alocución como diputado de más edad, declaró representar “todo el pasado de una historia que se ha cerrado”,<sup>56</sup> la Asamblea reunía a lo mejor de la cultura política y jurídica italiana: desde los expo-

<sup>55</sup> Se trata de la opinión de Cheli, E., *Il problema storico della Costituente* (1973), ahora en Cheli, E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bolonia, Il Mulino, 1978. Sobre las culturas de la Asamblea Constituyente, *cfr.*: además De Siervo, U. (ed.), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bolonia, Il Mulino, 1980, 2 vols., con artículos de Silvio Basile, Sara Volterra, Ugo De Siervo, Paolo Barile, Fernanda Bruno, Stefano Grassi, Enzo Balboni, Aldo Travi, Pietro Ciarlo, Carmen Carissimi, Antonio Cassese; Romeo, G. A., *La stagione costituente in Italia (1943-1947). Rassegna della storiografia*, Milán, Angeli, 1992; Franceschini, C. et al. (eds.), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Actas del Congreso celebrado en Roma los días 19-21.10.199, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1997. Véanse también las recopilaciones de estudios sobre dos de los juristas constituyentes más importantes: Galicia, M. y Grossa, P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, *cit.* y Barile, P. (ed.), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milán, Giuffrè, 1990.

<sup>56</sup> En la sesión del 25 de enero de 1946 (citado por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente*, *cit.*, p. 15).

neros de la vieja Italia liberal como Croce, Nitti, Bonomi, Sforza y Einaudi, a los futuros protagonistas de la Italia republicana como De Gasperi, Togliatti, Nenni, Saragat, La Malfa, Gronchi, Fanfani, Dossetti, Di Vittorio, Vanoni, Andreotti y Giolitti; de los jefes del antifascismo y la resistencia, como Parri, Pertini, Terracini, Longo, Foa, Basso y Luss; a una larga fila de juristas bien alejados del viejo estereotipo del jurista técnico y apolítico: como Ruini, Calamandrei, Mortati, La Pira, Moro y Tosato. Se produjo entonces probablemente, sobre todo en la comisión de los 75 encargados de redactar el texto de la carta, el debate institucional más elevado de nuestra historia.

La ruptura con el pasado provocada por la Constitución se manifiesta fundamentalmente en tres innovaciones, de las que todavía hoy, creo, no se considera adecuadamente el alcance. La primera es el reconocimiento, en la base de nuestro ordenamiento, del poder y del momento constituyente<sup>57</sup> tradicionalmente excluido del viejo pensamiento jurídico liberal. Momento “constituyente” en dos sentidos, negativo y positivo. En el sentido, en primer lugar, de la ruptura radical con el fascismo, que había renegado abiertamente de la Constitución y que había constituido la negación del constitucionalismo, es decir, de la división de poderes y las libertades fundamentales.<sup>58</sup> Y en el sentido, aun más importante, de que la Constitución se configura, con la intervención de todos los partidos principales, como un “pacto” o

<sup>57</sup> El poder constituyente fue regulado por el D.Lgs.Lgt. 25.6.1944, n. 151, cuyo artículo 1o. establece que “tras la liberación del territorio nacional, las formas institucionales serán elegidas por el pueblo italiano, que, a tal fin, elegirá, por sufragio universal, directo y secreto, una asamblea constituyente para la deliberación de la nueva constitución del Estado”. Por el D.Lgs.Lgt. 16.3.1946, n. 98, que convocó la Constituyente se le sustrajo y sometió a referéndum celebrado el 2 de junio de 1946, la elección entre monarquía y república, así como la competencia legislativa ordinaria, confiada provisionalmente al gobierno.

<sup>58</sup> Según la bien conocida definición de “Constitución” sancionada en el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”.

“compromiso” constituyente, refundador del Estado y, al tiempo, de la unidad nacional y de la convivencia civil.<sup>59</sup> Por primera vez en nuestra historia, en los mismos años en que la división entre las fuerzas políticas había alcanzado su nivel más alto, se colocaba así en la base del Estado la idea normativa, de origen ilustrado y contractualista, de la Constitución como “pacto” suscrito por todos sobre los fundamentos de la República. El acuerdo se produce principalmente entre las tres fuerzas y las tres culturas —liberal, católica y socialista— que en conjunto representaban a la gran mayoría de los italianos y que ya se habían alineado en la Resistencia en aquel “pacto de no agresión”, como lo ha llamado Norberto Bobbio,<sup>60</sup> que fue el Comité de Liberación Nacional. Lo que se expresa en los respectivos aportes, todos ellos reco-

<sup>59</sup> “¿Qué es un compromiso”, preguntaba Palmiro Togliatti en la sesión del 11 de marzo de 1947, si no la búsqueda de “una unidad”, es decir, de un “terreno lo suficientemente sólido como para que se pueda construir sobre él una constitución, es decir, un régimen nuevo, un nuevo Estado, y lo suficientemente amplio como para ir más allá también de lo que pueden ser los acuerdos políticos contingentes de los concretos partidos que constituyen o pueden constituir una mayoría parlamentaria?”. Meuccio Ruini expresó la misma idea declarando que entendía “compromiso” en el sentido etimológico de “que varios hacen promesas juntamente, asumen un propósito, estipulan un pacto”; Lelio Basso, que en la constitución veía “el fruto de un esfuerzo de diferentes partidos para encontrar una expresión concorde que represente la expresión de la voluntad de la gran mayoría de los italianos”; Umberto Turpini que al presentar en la sesión del 5 de marzo el trabajo de las subcomisiones declaró que en aquél, pese a las divergencias ideológicas, “nunca ha faltado la voluntad de conciliación y la convicción responsable de que la carta fundamental de un pueblo no puede reflejar el pensamiento intransigente del menor número posible de ciudadanos, unidos por una misma fe, sino el pensamiento del mayor número de aquellos, concordes en una sustancia común de pensamiento y de vida” (citados por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente*, cit., pp. 40-42). Piero Calamandrei, por su parte, habló explícitamente de “constitución tripartita, de compromiso” (*Chiarezza nella Costituzione*, Discurso a la Asamblea Constituyente del 4 de marzo de 1947, ahora en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, edición de Bobbio, N., Florencia, La Nuova Italia, 1966, II, p. 22).

<sup>60</sup> Bobbio, N., “Profilo ideologico del Novecento”, extraído del volumen Cecchi, E. y Sapegno, N. (dirs.), *Storia della letteratura italiana. Il Novecento*, Milán, Garzanti, 1969, p. 152.

nocibles en el texto constitucional: la valoración, de inspiración cristiana, de la “dignidad” de la persona, de las “formaciones sociales” en las que actúa, primera entre todas ellas, la familia, y de sus “deberes inderogables de solidaridad”; la garantía de matriz liberal, de la libertad individual y de la separación de poderes; la afirmación, finalmente, de origen socialista, de los derechos sociales, de la primacía del trabajo y del proyecto de reducción de las desigualdades materiales que, afirma el apartado segundo del artículo 3o., “impiden el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. El resultado es un modelo de democracia liberal-socialista cuyas líneas maestras son —además de los principios de soberanía popular, de los derechos humanos y la paz— la centralidad del Parlamento, el papel de garantía del presidente de la República y de la Corte Constitucional, el control popular de las leyes mediante referéndum abrogatorio, la plena independencia de la magistratura, incluido el ministerio público, y las autonomías regionales.

La segunda novedad fue la introducción de garantías inequívocas en defensa de la *rigidez* constitucional, mediante la previsión de un procedimiento especial agravado para su modificación y el control de validez de las leyes confiado, junto a la solución de conflictos entre los poderes, a la Corte Constitucional. Como consecuencia de esta innovación, que constituye además la sustancia del constitucionalismo moderno,<sup>61</sup> la Constitución se con-

<sup>61</sup> Justamente, se ha sostenido que la “rigidez” es un carácter “natural” (o estructural) de toda constitución. Se trata de la tesis ampliamente argumentada por A. Pace, “La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 4085 y ss., y en *Íd.*, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996, pp. 10 ss. y 75 y ss. Las Constituciones escritas cuentan con una *rigidez natural*, dado que una Constitución flexible, es decir, modificable con los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, no es, en realidad, una Constitución, sino una ley ordinaria, se llame como se quiera. Pace sostiene, consiguientemente, que también el Estatuto Albertino del Reino de Italia era en realidad, una Constitución rígida, más aun, rigidísima por inmodificable, y que sólo por “responsabilidad de los políticos y la

figura como un sistema de metarreglas destinadas a todos los poderes públicos, como garantía de los derechos de todos. Reglas no sólo formales, sobre el *quién* y el *cómo* de las decisiones, como las contenidas en la segunda parte sobre representación política y sobre división de poderes, sino también sustanciales sobre *qué* se debe o no decidir, como las de la primera parte sobre derechos de libertad que el Estado no debe violar o sobre derechos sociales que debe satisfacer. Es en este segundo tipo de reglas donde residen las cláusulas del pacto de convivencia, que ninguna mayoría puede violar. Desde este punto de vista, la Constitución supone la culminación del Estado de derecho, al extender el principio de legalidad a todos los poderes, incluido el Legislativo, y, también, un proyecto normativo de Estado y de derecho vinculante para

doctrina” se transformó después subrepticamente en una Constitución flexible (A. Pace, *La causa, cit.*, pp. VII, 13, 42-51); y recuerda la tesis de la rigidez y de la inmodificabilidad del Estatuto, así como de las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830 sostenidas en los primeros decenios de la vida estatutaria por constitucionalistas como Lodovico Casanova (1859) y Alessandro Malgarini (1884) y por el propio James Bryce (1884), al cual se debe la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles (*ibidem.*, pp. 13, 27 y 54, nota 121). Sobre la cuestión, véase también, por último, M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milán, Giuffrè, 1997. En todo caso, lo cierto es que estas tesis sólo se sostienen hoy —una vez que se han introducido el procedimiento especial de revisión constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes— y no en 1925, cuando Mussolini desgarró el estatuto albertino con sus leyes fascistísimas sin que ningún jurista lo denunciase como un golpe de Estado, ni tampoco en los años cincuenta, cuando la Casación italiana teorizó la naturaleza programática de los principios y derechos fundamentales. Por ello, bien podemos hablar de un “descubrimiento” de la Constitución, producido tan sólo en estos últimos decenios, cuando se ha producido la maduración de su concepción teórica. Es evidente que, según esta concepción, la constitución es por naturaleza —o, mejor, por definición— “rígida”, entendiéndolo, entonces por “Constitución” el conjunto de normas colocadas en el vértice del sistema de fuentes y, por ello, supraordenadas a todas las demás; mientras que las normas sobre el control de constitucionalidad y sobre la revisión constitucional, no son el *significado* de la “rigidez constitucional”, sino respectivamente, la *garantía* de la rigidez y la *norma de reconocimiento* del grado de rigidez de una Constitución.

el futuro. Se invierte así el viejo paradigma del Estado soberano que no reconoce en los derechos fundamentales límites externos infranqueables sino sólo autolimitaciones siempre revocables, y con él el principio jacobino de la omnipotencia del legislador y el iuspositivista de la validez puramente formal de las leyes, independientemente de su contenido. La legislación, efectivamente, con base en el nuevo paradigma, no es ya sólo la condición de validez formal del derecho, sino ella misma condicionada, en cuanto a su validez sustancial, por su coherencia con los principios constitucionales.<sup>62</sup>

La tercera innovación, consecuencia de la segunda, es el cambio del paradigma del propio derecho positivo introducido por la Constitución. Se trata de la ruptura de los dos antiguos dogmas de la coherencia y plenitud del ordenamiento que el viejo modelo pandectístico confiaba a la interpretación y reconstrucción sistemática de la ciencia jurídica. La Constitución, de hecho, equivale a un derecho sobre el derecho, que altera la estructura formal del ordenamiento, codificando los principios axiológicos a los que la propia legislación está obligada a uniformarse. Su colocación en el vértice de las fuentes como conjunto de normas de cuya observancia depende la validez de todas las otras introduce así, en el sistema normativo, un factor permanente de virtual invalidez: ya que cualquier ley, aunque formalmente vigente, siempre es susceptible de invalidación cuando su significado se estime en contradicción con la Constitución. Se comprende fácilmente el carácter explosivo de una modificación de esta naturale-

<sup>62</sup> Sobre el paradigma constitucional y garantista, me permito remitir a mi *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 347-368 y cap. XIII y XIV; “Il diritto come sistema di garanzie”, *Ragion pratica*, año I, núm. 1, 1993, pp. 143-161; “Democrazia e Costituzione”, *ibidem*, núm. 3, 1993, pp. 227-244; “Note critiche ed autocritiche intorno a la discussione su «Diritto e ragione»”, en Gianformaggio, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giapichelli, 1993, pp. 460-477; *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, 2a. edición, Roma-Bari, Laterza, 1997; “Diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 1998, núm. 2.

za respecto a la vieja cultura iuspublicista, a la que negaba el postulado metateórico expresado en la presunción apriorística de legitimidad del derecho vigente.<sup>63</sup> Fue el viejo Orlando el que enunció, ante la Asamblea Constituyente, la antigua resistencia del pensamiento jurídico liberal a entender el sentido y alcance del constitucionalismo, proponiendo que los principios y derechos relativos a las “relaciones ético-sociales”, de la familia a la educación, quedaran relegados en el texto constitucional a una suerte de preámbulo político.<sup>64</sup> Naturalmente, las reservas de Orlando fueron respetuosamente ignoradas por los juristas de la nueva generación, que era justamente en los límites y vínculos impuestos a la legislación en los que identificaban el papel de la Constitución.

Aunque derrotada en la Constituyente, la vieja cultura jurídica se dispuso, sin embargo, a una reconquista en los años siguientes. No estaba preparada para el alcance de tales innovaciones, que, en principio, tardó en comprender y frente a los cuales se resistirá más tarde con tenacidad. Todavía durante muchos años —excepción hecha de Constantino Mortati, Vezio Crisafulli y Piero Calamandrei, que reivindicaron el carácter inmediatamente vincu-

<sup>63</sup> Sobre el peso de esta “presunción de regularidad de los actos del poder” sobre el tradicional paradigma del positivismo jurídico, *cfr.* Gianformaggio, L., “Diritto e ragione tra essere e dover essere”, en Gianformaggio, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo*, *cit.*, pp. 28-34.

<sup>64</sup> En el discurso del 23 de abril de 1946 a la *Assamblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, vol. III, p. 3239, citado por Maurizio Fioravanti, que recuerda el conflicto en esa misma sesión entre Orlando y Mortati en el que se expresa “de la mejor manera posible el choque, en la interpretación del papel y de los poderes de la Constituyente, entre la vieja doctrina del Estado persona y la nueva doctrina de la constitución” (*Costituzione*, *cit.*, pp. 70 y 71). Véase, también, Orlando, V. E. “Sul progetto di costituzione e sui patti Lateranensi. (Seduta del 10 marzo 1947)”, en Orlando, V. E., *Scritti giuridici varii*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 67, donde se expresa una con todo cauta desconfianza frente a un órgano censor de las leyes como la Corte Constitucional. Por otra parte, también Togliatti habló, a propósito de la Corte Constitucional, de una “extravagancia” (citado por Cheli, E., *Il problema storico della costituente*, *cit.*, p. 51).

lante de los principios de la carta y se entregaron a la batalla por su actuación en todos los sectores del derecho— la iuspublicística dominante continuó, sin embargo, fiel a la vieja doctrina del Estado-persona como figura abstracta e hipostasiada, repropuesta por Romano y Orlando en sus manuales repetidamente reeditados en la posguerra. Y se reforzó una vez más la vieja tesis de la continuidad del Estado-persona. Se trataba, como siempre, de la estrategia de contención de la dimensión política inaugurada en la etapa liberal frente a la legislación, experimentada después en función garantista frente al fascismo y ahora destinada a congelar las normas constitucionales que se tratan de relegar al cielo de los principios.

Más ausente incluso se manifiesta la Constitución del horizonte axiológico de las otras disciplinas jurídicas, concordes en que aquélla no se refiere a la administración ni a la jurisdicción, y menos aun a las relaciones privadas, sino sólo, como una suerte de preámbulo, a la legislación. La principal preocupación de los civilistas fue la de afirmar el carácter “técnico” del código, depurado tan solo de las remisiones a las normas corporativas, y la de insertarlo en el surco de la tradición, reconociendo como máximo un espíritu de socialidad más moderno.<sup>65</sup> Lo mismo cabe decir de los penalistas que continuaron en su mayoría fieles al enfoque técnico-jurídico en cuyo nombre relegitaron, como producto suyo, al código de Rocco apenas enmendado de sus referencias fascistas. Al menos hasta los años sesenta, el tecnicismo jurídico se reconfirma, en resumen, como el hábito “científico” del juris-

<sup>65</sup> Ferri, G., “Del codice civile, della codificazione e di altri cose meno commendevoli”, *Foro Italiano*, 1944-46, IV, cc 34 y ss.; Santoro Passarelli, F., “La riforma dei codici”, *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 34 y ss.; Calamandrei, P., “Sulla riforma dei codici” (1945), en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, cit., I, t. I, pp. 86-99, donde se presentan los cuatro códigos más como “la reelaboración, o tan sólo el retoque de concepciones políticas y de ordenaciones científicas anteriores al fascismo”, más que, como pretendía el fascismo, como “expresión de una revolución política” (*ibidem*, p. 91). Acerca del debate sobre la reforma de los códigos posterior a la Liberación, *cf.*: Salvi, C., *La giusprivatistica*, cit., pp. 259 y ss.

ta, gracias al cual el Estado y el derecho pueden quedar todavía sustraídos a la política, que se asocia ahora a la Constitución, y la ciencia jurídica puede celebrar, autorreferencialmente, su propia continuidad.

Incluso la filosofía jurídica y la naciente teoría general del derecho, parecen ignorar la Constitución y el constitucionalismo. Valga como prueba que la propia revuelta contra el iuspositivismo, expresada en los primeros años cincuenta por cuantos le achacaban haber convalidado —o, al menos, no frenado— los horrores del nazismo, no encontró nada mejor que proponer la antigua senda hacia un improbable “retorno al derecho natural”:<sup>66</sup> sin ni siquiera advertir el fenómeno apenas acaecido de la incorporación a las Constituciones y, en el nivel internacional de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de principios de paz y de derechos fundamentales que, una vez positivizados, transferían al propio cuerpo del derecho positivo el viejo conflicto entre justicia y legalidad. Por lo demás, ni siquiera la teoría general de impostación normativista y iuspositivista, entonces introducida en su versión kelseniana por Norberto Bobbio, tematizó la nueva complejidad estructural que le llegaba al iuspositivismo por la implantación del constitucionalismo. Todavía en 1966, en una mesa redonda sobre positivismo jurídico,<sup>67</sup> Bobbio defendía su carácter “científico” en cuanto enfocada únicamente al “derecho

<sup>66</sup> Sobre el “retorno al derecho natural”, auspiciado fundamentalmente por los juristas católicos (*cf.*, por todos, el jesuita Lener, S., “La certezza del diritto, il diritto naturale e il magisterio della Chiesa”, en el volumen colectivo *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padua, Cedam, 1950, vol. I, pp. 345-387, y las actas del congreso recogidas en el volumen *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951), véanse las ajustadas observaciones críticas de Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 21 ss. y *passim*.

<sup>67</sup> Intervención en la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico (Pavia, 2 maggio 1966)*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 69 y ss. Véase también, sobre la crisis epistemológica del iuspositivismo analítico italiano, suscitada en aquella discusión, el segundo capítulo de “La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive”, en Ferrajoli, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

que es” y no “al derecho que debería ser”, de competencia exclusiva del iusnaturalismo, como consecuencia de la identificación kelseniana entre validez y existencia de las normas: sin tener presente que el “derecho que debe ser” es también, y antes que nada, el “derecho que es” diseñado en la Constitución, respecto al cual el “derecho que es” en la legislación ordinaria puede ser perfectamente inválido en la medida en que lo contradiga.

La idea de la continuidad del Estado como alternativa a la refundación constitucional prevalece por otra parte, más que en el nivel teórico, en el plano político e institucional. La Asamblea Constituyente representaba el último momento de unidad antifascista. Ahora bien, en 1948, cuando se aprobó la Constitución, aquella unidad había desaparecido, junto con el espíritu de pacto superviviente tan solo en los salones de la Asamblea. Con la victoria indiscutible de la Democracia Cristiana en las elecciones de 1948 y el clima de enfrentamiento político y social instaurado en el país, la Constitución perdió de esta forma, desde el comienzo, actualidad. Durante largos años quedó hibernada por lo que Calamandrei denominó el “obstruccionismo de mayoría”,<sup>68</sup> expresado en la postergación de la puesta en práctica de sus instituciones más innovadoras y garantistas: la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura —creados una en 1956 y el otro en 1958—, el referéndum **abrogatorio** y las Regiones, introducidos sólo en 1970.

Aun más concretamente, por otra parte, la continuidad del Estado venía asegurada por la restauración casi integral de las viejas estructuras: por la confirmación de todo el viejo personal administrativo y judicial, el mantenimiento del viejo aparato burocrático, la conservación de la totalidad del sistema legislativo, empezando por los códigos, heredado del fascismo.<sup>69</sup> En parti-

<sup>68</sup> Calamandrei, P., “L'ostruzionismo di maggioranza”, *Il Ponte*, IX, 1953, núm. 2, pp. 129-136; num. 3, pp. 274-281, núm. 4, pp. 433-450, ahora en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, cit., I, t. I, pp. 546-595.

<sup>69</sup> Cfr. Pavone, C., “La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini” (1974) y “Ancora sulla continuità dello Stato” (1982), *Alle origini della Repubblica*.

cular, la magistratura a cuya cúpula había llegado la generación formada durante el ventenio fascista, permaneció durante mucho tiempo como un cuerpo cerrado, separado de la sociedad y cimentado en la vieja ideología paleopositivista de la naturaleza puramente técnica y avalorativa de la jurisdicción: una ideología reforzada por (y que, al mismo tiempo, reforzaba a) la organización jerárquica del orden judicial, fundada sobre el poder de los jefes de departamento y del ministro de justicia, sobre la carrera judicial, sobre selección por “mérito” de los jueces con base en su grado de conformismo con las orientaciones de la casación y, por ello, sobre una independencia externa e interna más nominal que real.

Se explica así el vaciamiento de la Constitución operado por la magistratura de los años cincuenta: las normas constitucionales eran percibidas como un cuerpo extraño frente al viejo ordenamiento y neutralizadas mediante la jurisprudencia de la casa-

*ca: scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Turín, Bollati-Boringhieri, 1995. De una “espantosa carencia constitucional” en los primeros años de la posguerra, habla Balladore Pallieri, G., “La costituzione italiana nel decorso quinquennio”, *Foro Padano*, núm. 2, febrero, 1954. Pero, véanse, sobre todo, sobre la “constitución inactuada” y sobre el “espíritu de postergación” como “pecado original” de la Constitución de 1948, las amargas páginas, aún actuales, de P. Calamandrei, *La costituzione e le leggi per attuarla* (1955), en *Scritti e discorsi politici*, cit., II, pp. 477-478: “La assemblea costituyente, en el breve plazo de sus trabajos, apenas tuvo tiempo de perfeccionar la construcción de los órganos supremos (órganos legislativos y gobierno) que resultaban necesarios para transmitir legalmente al legislador ordinario la continuación del trabajo. Pero, en todo lo demás, dejó provisionalmente en vigor toda la legislación precedente [...] Se creó así un curioso ordenamiento constitucional, de estilo podríamos decir compuesto, lleno de contradicciones y de antinomias, en el que convivían, con las nuevas normas dictadas por la Constituyente, normas no sólo de diferente edad, sino de diferente inspiración política: algunas (más aun, todo un *corpus* codificado) pertenecientes a la dictadura fascista; otras que se remontaban al momento de la monarquía prefascistas: un alubión de material legislativo de proveniencia diversa que podía tolerarse provisionalmente tan sólo porque venía impuesto por las necesidades prácticas del momento, pero que demandaba del nuevo parlamento, como tarea urgente, una revisión general de toda la legislación que había quedado provisionalmente en pie, para hacerla homogénea, y armónica con la letra y con el espíritu de la Constitución”.

ción, como “normas programáticas” o “de eficacia diferida” a un futuro lejano.<sup>70</sup> Pero se explica también, con esta supresión de la Constitución del espíritu público, la naturaleza del Estado social asistencial edificado en los años de la República. Será el resultado del desarrollo del viejo Estado corporativo producido, sin ninguna proyección reformadora, totalmente fuera del marco constitucional, mediante la introducción no ya de las adecuadas garantías en defensa de los nuevos derechos sociales, sino como simple ensanchamiento de los espacios de discrecionalidad política y burocrática. La reconstrucción de la posguerra, en resumen, no es una reconstrucción jurídica de los aparatos y de la legalidad administrativa como desarrollo del diseño constitucional. Y en esta fallida reconstrucción residirá la causa primera de la degeneración futura y del desarrollo del ilegalismo de los poderes públicos que conducirán a la crisis del sistema político en los años noventa.

<sup>70</sup> Sobre la distinción entre normas constitucionales en “normas preceptivas de aplicación inmediata”, “normas preceptivas de aplicación diferida” y “normas meramente programáticas” o “directivas”, véase nuevamente Calamandrei, P., *La costituzione e le leggi per attuarla, cit.*, pp. 473 y 483-486, que cita la sentencia de las *Sezioni Unite Penali* del 7 de febrero de 1948 y la decisión del 26 de mayo de 1948 de la sección V del Consejo de Estado que formularon por primera vez esta tripartición, rápidamente acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y la sentencia de las *Sezioni Unite della Cassazioni* del 17 de febrero de 1954 en la que se afirma la “función meramente «solicitoria» y no «perentoria»” de las propias normas transitorias sobre los plazos en los que deberían haber sido instituidos los nuevos órganos constitucionales.