

## LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL Y EL REFERENDUM SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS (\*)

Por GIUSEPPE DI FEDERICO

### SUMARIO

- I. EL REFERENDUM Y SUS RESULTADOS.—II. LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA.—  
III. LOS EXCEPCIONALES PODERES DE LA MAGISTRATURA ITALIANA Y SU RELEVANCIA EN EL SISTEMA POLÍTICO: 1. *El papel de la magistratura en el ámbito de la represión de los fenómenos criminales.* 2. *La autonomía de la magistratura en el sistema político.* 3. *La influencia de la magistratura sobre el proceso legislativo en materia de administración de justicia.*—  
IV. CONSIDERACIONES FINALES.

---

(\*) Este artículo está basado en materiales de estudio recogidos en los últimos veinticuatro años y ahora conservados en el Centro de Estudios e Investigación sobre el ordenamiento judicial de la Universidad de Bolonia. Se trata de un material vastísimo, que comprende documentos oficiales, públicos o internos a la organización judicial, cuestionarios y entrevistas con magistrados, secretarios, abogados, directores de cárceles, miembros de las fuerzas de policía. Comprende también el registro de las muchísimas observaciones directas que se han podido llevar a cabo. A este material se hará referencia de vez en cuando —pero sin sistematicidad alguna—, así como serán indicadas algunas de las publicaciones que están basadas en tal material. La necesidad de tratar argumentos muy complejos de forma muy selectiva me ha obligado no sólo a abandonar algunas cuestiones relevantes, sino también a presentar los resultados de nuestros estudios sin aquellas matizaciones y aquellas distinciones que en ocasiones habrían sido oportunas. Va indicado que sobre algunos de los argumentos tratados —sobre todo los del párrafo III.2— existen varios escritos de juristas, abogados y magistrados que no han sido citados sino ocasionalmente. Esto por cuanto que su inclusión hubiera requerido comentarios de extensión muy superior a la que aquí nos era permitida.

## I. EL REFERENDUM Y SUS RESULTADOS

Uno de los acontecimientos políticos de mayor resonancia verificado en 1987 ha sido el referéndum sobre la responsabilidad civil de los magistrados. Los promotores del referéndum (entre los cuales figuraban eminentes personalidades del Partido Socialista, del Partido Radical y del Partido Liberal) recogieron en breve tiempo muchas más de las 50.000 firmas requeridas para proponer a los electores la derogación de la normativa existente sobre la responsabilidad civil de los magistrados. De tales normas se lamentaba, principalmente, su absoluta ineficacia en el plano aplicativo. Tras un largo y lacerante recorrido político —durante el cual, el hecho de que este referéndum estuviera pendiente contribuyó de forma directa a determinar la disolución anticipada del Parlamento—, las votaciones tuvieron lugar, finalmente, los días 8 y 9 de noviembre de 1987. Participó en la votación el 65,2 por 100 de los ciudadanos con derecho a voto, y el 80,2 por 100 de los votantes se pronunció en favor de la derogación de las antiguas normas.

Que se haya querido un referéndum sobre esta materia es ciertamente un hecho nuevo en el panorama de las democracias occidentales. No menos sorprendente es que, en el curso de la campaña electoral, el debate sobre este referéndum adquiriera tonos tan encendidos y dimensiones tan amplias, hasta el punto de oscurecer casi completamente la discusión sobre los otros cuatro referenda que se desarrollaban contemporáneamente. Este fenómeno, en particular, resulta aún más difícil de comprender y explicar si se tiene en cuenta que tres de los otros referenda se referían a cuestiones concernientes a la energía nuclear, esto es, una materia que, más allá de las cuestiones propuestas en el referéndum, se podía presumir que generase —sobre todo tras el incidente de Chernobyl— extendida emotividad. Y cierto que no es suficiente para explicar este extraño fenómeno el chiste que considera a los ciudadanos italianos más preocupados por la amenaza que constituyen los comportamientos de nuestros jueces y fiscales que por el peligro de contaminaciones nucleares.

En pocas páginas no es fácil ensayar una explicación, incluso somera, del fenómeno. Lo es aún menos, toda vez que, como en nuestro caso, los destinatarios de tales explicaciones son además lectores de países de tradición anglosajona —a los cuales está destinada la versión en inglés de este trabajo—, para los que las características de nuestro sistema procesal y judicial contrastan netamente con algunos de los principios de su orden institucional, como aquel de la distribución de poderes entre las distintas ramas del gobierno; contrastan, más en particular, con aquel sistema de pesos y contrapesos al que

atribuyen enorme relevancia para el correcto funcionamiento del proceso democrático y para una eficaz tutela de las libertades de los ciudadanos.

En las páginas que siguen trataremos de ilustrar, si bien muy sucintamente, sobre aquellos aspectos estructurales y funcionales de nuestro sistema judicial que, actuando entre sí en formas diversas, por un lado provocan una profunda, difundida y justificada insatisfacción popular en su relación con la administración de justicia, y por otra parte generan recurrentes tensiones entre el subsistema judicial y otros componentes de nuestro sistema político. Tras haber suministrado algunas breves indicaciones sobre la extraordinaria ineficacia de nuestra máquina judicial —que amplifica de forma desmesurada disfunciones que también se dan en otros países—, procuraremos describir la enorme suma de poderes que se concentran en manos de nuestra magistratura ordinaria, y que, *si se consideran en conjunto*, no encuentran correspondencia alguna en cualquier otro sistema de consolidada tradición demoliberal (ni en los de la Europa continental ni, aún menos, en los de derivación anglosajona). En nuestra exposición buscaremos poner en evidencia cómo, a pesar de gravísimas disfunciones de la administración de justicia, se han ido desarrollando, en este sector más que en otros, insuperables obstáculos a la innovación; cómo entre estos obstáculos asume un papel del todo particular el control que la magistratura, representada por una élite corporativa particularmente agresiva y eficaz, está en condiciones de ejercitar desde hace ya muchos años sobre el proceso legislativo en materia de justicia; control que se ha hecho posible sea por las peculiaridades de nuestro orden judicial, sea también por algunas características anómalas de nuestro sistema de partidos.

La tesis de fondo es que la invocación al pueblo que supone el referéndum sobre la responsabilidad civil de los magistrados y el éxito pleno que ha obtenido en las urnas pueden ser entendidos en sus razones profundas —más allá de las muchas maniobras políticas que el mismo ha encendido después— sólo teniendo presentes las enormes dificultades y la casi imposibilidad de remover a nivel legislativo muchas de las principales causas de la dramática crisis de nuestra administración de justicia y de las recurrentes tensiones que la misma genera en nuestro sistema político.

## II. LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA

Un reciente informe del *procuratore generale* de la Corte de Casación indica que al presente están pendientes en los juzgados cerca de un millón y medio de procesos civiles y más de dos millones y medio de procesos penales. Con este enorme retraso, las causas que duran en total más de diez años

tienden a ser más la regla que la excepción. Son, además, cualquier cosa menos infrecuentes los procesos que duran quince años y aún más. La excesiva duración de los procesos —por lo cual Italia ha sido muchas veces condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)— ha contribuido *per se* a determinar una pluralidad de desastrosas consecuencias que contradicen netamente las expectativas del ciudadano en la relación con la justicia y crean, como veremos también en el próximo párrafo, múltiples ocasiones de violación de los más elementales derechos civiles. El sentido de una afirmación como ésta puede comprenderse en sus aspectos generales incluso limitándose a considerar sólo algunas de las más ostensibles consecuencias que se conectan a la excepcional lentitud de nuestra justicia.

Si atendemos a la *justicia penal* podemos, en efecto, notar:

- cómo las cárceles están ya desde hace muchos años sobrecargadas de detenidos en espera de juicio (permanentemente más del 60 por 100 del total);
- cómo recurrentemente se hace uso de las amnistías en la errada y contraproducente ilusión de tornar a dar respiro a una máquina judicial atascada (2);
- cómo se ha verificado la progresiva, casi total desaparición de formas eficaces de represión de los delitos cometidos por desconocidos —y en particular de robos en la calle, robos en apartamentos, agresiones con fin de robo, etc.—, es decir, aquel importantísimo conjunto de delitos que se dicen «menores», pero que, a pesar de todo, son fundamentales para la sensación de seguridad de los ciudadanos, sobre todo en las zonas urbanas; de hecho, ningún esfuerzo de relieve se hace en la actualidad para la identificación de los culpables de tales delitos ni por aquella parte de la magistratura a quien en Italia se confía —como veremos— la tarea de instruir los procesos, ni tampoco por parte de las fuerzas de policía, que responden directamente ante la magistratura en la dirección efectiva de las investigaciones (3);

---

(1) Véanse, por ejemplo, las decisiones de 25 junio 1987 (caso Capuano), 12 febrero 1985 (caso Colozza), 25 junio 1987 (caso Milasi), 25 junio 1987 (caso Baggetta), 10 diciembre 1982 (caso Corigliano). Queda indicado que Italia ha sido condenada por violación de los derechos del hombre, cometida en el ámbito procesal también por otras causas que se refieren a disfunciones de las que se hablará *infra*, en el párrafo III.1.

(2) Véase G. DI FEDERICO: *La Corte di Cassazione*, Ed. Laterza, Bari, 1969, páginas 34-35.

(3) Según las informaciones suministradas por los investigadores del Istat, sólo en torno al 4 por 100 de los casos de denuncias por robos cometidos por desconocidos se llega después a la identificación del culpable. Hay que tener presente que, en cuanto

— cómo se ha venido trastornando el principio mismo —fundamental en democracia— de la presunción de inocencia, también a consecuencia del planteamiento de la perversa y antiliberal alternativa entre los riesgos de la liberación de «presuntos» criminales peligrosos a la espera de juicio por un lado y el aumento de los períodos de prisión preventiva de otro (4); justamente para evitar la puesta en libertad de los ciudadanos a los que, pese a la formal presunción de inocencia, se imputan delitos muy graves, en los últimos diez años los plazos máximos de prisión preventiva se han elevado a diez años y ocho meses y, por un breve período, incluso a doce años (desde 1984 tal plazo máximo se ha reducido a seis años, pero a tal reducción se han hecho, posteriormente, distintas excepciones). La expiación de la pena se ha venido a conectar cada vez más a la entidad y gravedad de la acusación, desviándose así en medida creciente hacia la fase precedente al juicio de culpabilidad o inocencia. Se ha venido así a desnaturalizar también —pero no sólo— por esta vía el propio significado de la pena en un orden democrático y a someter cada vez más frecuentemente a prolongadas prisiones preventivas también a aquellos que después resultan inocentes o de cualquier modo no culpables de los graves delitos de los que eran inicialmente acusados y sobre la base de los cuales habían sufrido prisión preventiva.

En el sector de la *justicia civil* que, según el *procuratore generale* de la Casación, está «en fase agónica» (5), la perspectiva de largos años de espera incita cada vez más a los ciudadanos que pueden permitírselo a buscar vías y modalidades de composición distintas de las judiciales, o incluso, sobre todo en el caso de los más débiles, a renunciar a hacer valer sus derechos en juicio cuando no a sufrir directamente como auténtica y propia venganza la amenaza de una iniciativa judicial de la contraparte.

Dos circunstancias concurren, en fin, a agravar, a hacer aún más intole-

---

al número, tal porcentaje es muy inferior al real: los ciudadanos italianos tienden hoy por hoy a no afrontar el fastidio de denunciar estos delitos, salvo en los casos en que la denuncia sea indispensable para obtener compensaciones distintas de la represión de los delitos de que se trate (como, por ejemplo, el pago de las primas de seguros por robo, la emisión de duplicados de los documentos robados, etc.).

Siempre según las informaciones suministradas por los investigadores del Istat, el porcentaje de identificación de los culpables de los robos cometidos por desconocidos es netamente superior en Francia (cerca del 15 por 100) y en la República Federal de Alemania (cerca del 25 por 100).

(4) Véase, al respecto, también el párrafo III.1, *infra*.

(5) C. M.<sup>a</sup> PRATIS: *Relazione per l'anno giudiziario 1986*, pág. 7.

rable, la insatisfacción por el perjuicio judicial, sea en el sector civil o en el penal. La *primera*, que afecta a todos los ciudadanos, es la constituida por el costo creciente de una justicia cada vez más lenta. La *segunda* deriva de la ausencia de cualquier tipo de asistencia financiera pública para los menos habientes, lo que se traduce, para un amplio sector de la población, en una sustancial denegación del acceso a la justicia y en una denegación, igual de sustancial, del derecho a la defensa, tanto en el proceso civil como en el proceso penal (6).

### III. LOS EXCEPCIONALES PODERES DE LA MAGISTRATURA ITALIANA Y SU RELEVANCIA EN EL SISTEMA POLITICO

La administración de justicia ha venido asumiendo un papel cada vez más importante en todos los países de tradición democonstitucional. El orden del todo particular del sistema judicial italiano es tal como para reforzar, acentuándola aún más, la relevancia política de nuestra magistratura respecto a la de otros países de consolidada tradición demoliberal con consecuencias de gran relieve, sea con relación a la tutela de las libertades del ciudadano, sea con relación a la funcionalidad misma del sistema político (7). De tal orden peculiar tomaremos en consideración, sumariamente, tres características que hacen referencia: *a)* a los poderes de la magistratura italiana en el ámbito de la represión de los fenómenos criminales; *b)* a los poderes de autogobierno de la magistratura; *c)* a la influencia del todo excepcional que la magistratura ejerce en el ámbito de los poderes ejecutivo y legislativo y, más en general, sobre la clase política local y nacional, y de qué forma esto se traduce en un control penetrante y eficaz sobre todas las decisiones que afectan al sector de la administración de la justicia.

---

(6) Salvo excepciones muy limitadas, hasta el punto de resultar sustancialmente irrelevantes, la tutela legal del menos habiente se reenvía formalmente a la disponibilidad no retribuida de los abogados.

(7) Para una descripción sintética en inglés del sistema judicial italiano, véase G. DI FEDERICO y C. GUARNIERI: «The Courts in Italy», en *The Political Role of Law Courts in modern Democracies*, J. L. Waltman and K. M. Holland, MacMillan Press, 1988, págs. 153-180.

### 1. *El papel de la magistratura en el ámbito de la represión de los fenómenos criminales*

Al cuerpo judicial italiano se confían no sólo —como en otros países de tradición demoliberal— las funciones de juzgar desde la posición de tercero entre las partes que contienden, sino también otros poderes de gran importancia que preceden a la fase del proceso público y del juicio. Así, le son también confiadas, para que las desempeñe con la misma independencia plena, que, por otra parte, sólo se le reconoce al juez, tercero entre las partes, aquellas actividades que cubren todo el arco de las iniciativas en la represión de los fenómenos criminales: desde la directa utilización de las fuerzas de policía para la individuación de los delitos y de los delincuentes, así como para la búsqueda activa de las pruebas de cargo, hasta el ejercicio de las funciones del fiscal en audiencia. Una vez ha accedido a la carrera —en general, en torno a los veintiséis años y sin ninguna experiencia profesional previa—, el magistrado italiano puede ser destinado indistintamente a una o más de aquellas actividades: las combinaciones pueden variar según el nivel jurisdiccional y las dimensiones del juzgado. Es frecuente el tránsito de una a otra función a lo largo de la carrera.

Para hacerse idea —siquiera de forma sintética— del conjunto de poderes atribuido al cuerpo de la magistratura en la fase que precede al contradictorio y, al mismo tiempo, comprender las peligrosas implicaciones disfuncionales, consideremos tres aspectos de nuestro proceso en primer grado.

a) A los magistrados se les confía el monopolio de la iniciativa penal. Nuestro constituyente quiso que tal monopolio fuera ejercitado con plena independencia (esto es, ninguna de aquellas formas con responsabilidad política directa o indirecta que son típicas de otros países de más consolidada tradición democonstitucional) (8). Consideró, por tanto —cierto que un poco ingenuamente (9)—, que para evitar un uso discrecional, y por eso mismo de gran relevancia política, sería suficiente prescribir que el ejercicio de la acción penal debería ser, en todo caso, obligatorio (10).

---

(8) Véase G. GUARNIERI: *Il pubblico ministero del sistema politico*, CEDAM, Padua, 1984. Se presenta aquí un análisis del orden judicial y del funcionamiento de las oficinas del fiscal en Italia, República Federal de Alemania, Inglaterra y Estados Unidos.

(9) Véase G. DI FEDERICO: «La riforma dell'Ordinamento Giudiziario: presupposti costituzionali», en *Le istituzioni della Democrazia Pluralista*, Ed. Cinque Lune, Roma, 1984, págs. 307-319, y en particular el primer parágrafo.

(10) Independencia y obligatoriedad fueron concebidas, por tanto, como dos caras de la misma moneda: la obligatoriedad justificaba la independencia en un sistema de-

De hecho, en Italia la acción penal es aún ampliamente discrecional. Los magistrados a los que se confía tal tarea ejercitan la acción penal no sólo a instancia de terceros (denuncias procedentes de la policía, de los ciudadanos, de las autoridades públicas, etc.), sino también por propia iniciativa. En otras palabras: pueden, con la máxima autonomía y con total independencia, llevar a cabo pesquisas de cualquier tipo sobre cualquier ciudadano sirviéndose directamente de los distintos cuerpos de policía con el fin de verificar si se han cometido los delitos cuya existencia se presume más o menos fundadamente. Por tradición, la tendencia de la magistratura italiana era la de no iniciar directamente la acción penal, sino actuar casi en exclusiva a solicitud de terceros, preferentemente como consecuencia de denuncias procedentes de las fuerzas de policía y sobre la base de informaciones obtenidas de forma autónoma por éstas. Con el paso del tiempo, y sobre todo en los últimos veinte años, los magistrados se han hecho cargo progresivamente de ampliar los ámbitos de sus iniciativas directas, asumiendo cada vez más la efectiva dirección de la policía judicial para llevar a cabo las investigaciones correspondientes. Al pasar el tiempo se ha revelado cada vez más evidente la naturaleza discrecional de tal poder y la forma en que está gobernado por principios de oportunidad —de gran significación política— que adquieren connotaciones diversas no sólo según las sedes judiciales, sino también según los magistrados en concreto que lo ejercitan (11). Así, un cuerpo burocrático, la magistratura, acaba por ejercitar un poder discrecional de enorme relevancia, poder que, de hecho, pone en gran medida en sus manos la definición y actuación de las políticas criminales del país. Es una discrecionalidad que, teniendo enorme relevancia en un Estado moderno, incidiendo profundamente sobre las libertades civiles de los ciudadanos y sobre su igualdad frente a la ley, no está entre nosotros —a diferencia de lo que sucede en otros países de más consolidada tradición democonstitucional— gobernada por forma alguna de transparencia o responsabilidad (12). Es un ámbito discrecional que abre

---

mocrático y la independencia tenía como presupuesto necesario la posibilidad efectiva de respetar plenamente la obligatoriedad prevista.

(11) Aquí y en las páginas que siguen se hace referencia a evoluciones en el comportamiento judicial. Estas dependen de causas tanto internas como externas a la magistratura. Por lo que se refiere a las internas, véase G. DI FEDERICO: «The Italian Judicial Profession and its Bureaucratic Setting», en *The Juridical Review*, The Law Journal of Scottish Universities, 1976, parte I, págs. 40-57.

(12) Está, por tanto, sustraída a las comprobaciones propias del proceso democrático justamente porque quien es titular sigue en cualquier modo siendo *formalmente* considerado como mero ejecutor del principio inaplicable de la obligatoriedad de la acción penal.



horizontes mucho más amplios al activismo judicial que aquellos que pueda entrever —en otros países— el juez meramente tercero entre las partes (13). Como ya hemos señalado, permite de hecho la más amplia posibilidad de iniciar investigaciones —sirviéndose directamente de la policía— en cualquier sector de la vida privada y pública de los ciudadanos, motivo por el cual se da idea de las implicaciones principales que esto tiene para la certeza de sus libertades, de su dignidad y de su bienestar, habida cuenta asimismo de las otras tareas de la magistratura que se indican en los puntos siguientes.

b) Tras el ejercicio de la acción penal, a los magistrados se les confía la competencia de conducir la instrucción previa al debate en el proceso público. Su tarea es la de definir —más allá de cuanto es ya conocido y/o acumulado para la puesta en marcha de la acción penal— la exacta naturaleza y el exacto contenido de las imputaciones, de identificar a los culpables, de llevar a cabo todas las actividades que son necesarias al fin de recoger las pruebas de cargo. A tal fin —como ya hemos dicho—, los magistrados se sirven directamente de la policía judicial, y, a menudo, las modalidades en que se desenvuelven las actividades instructorias son tales, que no admiten una distinción entre aquellas que los magistrados desarrollan directamente y las que, por el contrario, son desarrolladas a instancia suya por la policía o que se llevan a cabo en directa colaboración entre ambos. De hecho, en los últimos años, esta integración y confusión de las actividades de los magistrados que conducen la instrucción penal con las de la policía se ha hecho cada vez más marcada, sobre todo en las investigaciones más complejas y, en particular, en las que afectan a actos terroristas y actividades de la criminalidad organizada. Según una praxis que se inicia en el período del terrorismo, no son infrecuentes los casos de magistrados que han trasladado *de hecho* su juzgado a las comisarías generales y puestos de *carabinieri*, o que en todo caso desenvuelven parte de su actividad en las sedes de los distintos cuerpos de policía. Queda claro así que las tareas que en otros países son desarrolladas por oficiales de la policía, entre nosotros vienen siendo desarrolladas frecuentemente —y cada vez más en los últimos quince/veinte años— por magistrados, que tienen el mismo *status* independiente y aquellos mismos poderes de coerción sobre las libertades y los bienes de los ciudadanos que en otros países son de exclusiva

---

(13) En nuestro Centro de Estudios e Investigación sobre el ordenamiento judicial estamos en la actualidad llevando a cabo una investigación para analizar este fenómeno con referencia a los casos judiciales más significativos. Para una primera aunque muy parcial exposición del trabajo hasta ahora desarrollado, véase C. GUARNERI, P. PEDERZOLI: «Judicial Activism in Italy: Some Illustrative Cases, Paper presented at the ECPR Joint Session of Workshop», en *Justice and Politics*, Rimini, 5-10 abril 1988.

competencia de jueces terceros entre partes. Los magistrados a quienes se confían tareas instructorias, de hecho pueden, de forma autónoma y, a menudo, con amplísimos márgenes de discrecionalidad, limitar directamente la *privacy* de los ciudadanos (por ejemplo, decidiendo sobre la intervención de teléfonos y ordenando registros —se ha hecho famosa la foto de un magistrado que irrumpe, pistola en mano, en una guarida de terroristas—), limitar su libertad (ordenando el arresto y la prisión preventiva en espera del juicio, o bien incluso concediendo posteriormente su puesta en libertad), limitar la disponibilidad del propio patrimonio (por ejemplo, ordenando el secuestro). En el caso de que dispongan la prisión preventiva, controlan en buena medida también las condiciones en prisión del detenido (cómo ha sido detenido, dónde ha sido detenido, en qué medida puede mantener contacto con el exterior y, por tanto, con los familiares, con los conocidos, con los defensores). En realidad, en los últimos quince años estos poderes se han venido configurando cada vez más como instrumentos eficaces para obtener confesiones o colaboraciones por parte de los imputados. Y ha sucedido con frecuencia que aquellos que estuvieron dispuestos a colaborar —y entre éstos también algunos que, con sus «confesiones», han involucrado a personas que han resultado después inocentes— han obtenido la libertad condicional a la espera del juicio o han estado detenidos en condiciones de particular favor o, incluso, en lugares *ad hoc*, distintos de las cárceles. A ser utilizados como medio para obtener colaboraciones se prestan de hecho también los poderes que los magistrados encargados de las investigaciones tienen a la hora de tomar declaración: pueden, en efecto, advertirles de que, en caso de respuestas insatisfactorias, son susceptibles de arresto; pueden encarcelar *pro tempore* para hacerles reflexionar sobre la oportunidad de ser testigos «colaboradores»; pueden ordenar el arresto y, posteriormente, concederles la libertad, luego que se consideren satisfechos por la colaboración obtenida. Los amplios poderes discrecionales que los magistrados tienen a la hora de determinar si se lleva a cabo el arresto o no, si se concede la libertad condicional o los arrestos domiciliarios, si se conceden o no privilegios particulares o condiciones particulares de detención, han contribuido asimismo, sobre todo en los últimos quince años, a variar la relación entre magistratura instructora y fuerzas de policía. Se ha hecho cada vez más evidente que las ventajas de la colaboración se obtienen del magistrado y no de la policía. Aquellos que eligen esta vía para obtener ventajas inmediatas tienden a «confiarse» con el magistrado instructor antes que —como debiera suceder— con la policía. Como muestran nuestras entrevistas —relativas sobre todo a los procesos de terrorismo y criminalidad organizada—, se han llegado a crear figuras procesales un tanto aberrantes, como la del «confidente» del magistrado, con una multiplicidad de conse-

cuencias que consolidan posteriormente la integración operativa entre magistratura instructora y policía (14).

c) Las actividades de instrucción sumariamente indicadas en los puntos precedentes están cubiertas a nivel legal por el secreto sumarial. El abogado defensor resulta en muchas ocasiones incluso excluido de las funciones de asistencia al cliente en los encuentros verbales que éste mantiene con el magistrado instructor y que pueden llevar a la adquisición de determinadas pruebas en su contra. Así sucede siempre cuando el imputado es puesto en contacto con otros. Así sucede también con la utilización maliciosa de normas que permiten excluir al abogado también del interrogatorio que afecta sólo a su cliente (praxis esta que en la mayoría de las ocasiones termina por transformar de modo radical tanto la relación abogado-cliente como el propio papel del abogado) (15). El imputado y su representante legal no pueden a menudo conocer —si no es por la benevolencia del magistrado instructor— el exacto contenido de las actividades instructorias, ni los elementos de prueba sobre los que se basa la acusación y las eventuales medidas cautelares (como la detención preventiva y el secuestro de bienes). Por tanto, también la impugnación de tales providencias —aunque prevista por las leyes en varias formas— no puede de hecho ser analíticamente motivada y argumentada respecto de las pruebas recogidas por el magistrado que instruye, aun estando aquellas pruebas o aquellos indicios en la base de las actuaciones impugnadas (tal «impugnación» refiere más bien a la súplica de un súbdito en desgracia que al ejercicio de un derecho pleno). En realidad, el secreto sumarial, mientras por un lado, impide al ciudadano —a menudo durante años— conocer con exactitud las pruebas que se han ido recogiendo contra él y con frecuencia también el

---

(14) Por dar sólo uno de los ejemplos surgidos en el curso de entrevistas, el tradicional flujo de las indicaciones de las fuerzas de policía a la magistratura se ha dado vuelta en muchos casos en el sentido de que las informaciones recogidas por el magistrado durante la confesión se transformaban en indicaciones para las fuerzas de policía que a menudo sobre la base de las mismas han podido, con gran rapidez, conducir acciones muy brillantes (lo que concluye también por hacer depender su éxito profesional del favor de los magistrados instructores).

(15) Según nuestras entrevistas, la exclusión «maliciosa» del abogado de los interrogatorios —aduciendo motivos de urgencia o de «no haber sido hallado»— ha sido utilizada, por ejemplo, para favorecer aquel «clima de confianza y de confianza» entre magistrado e imputado detenido que induce a este último a la colaboración, al arrepentimiento, a la confesión. Una vez que esto tiene lugar, el papel del abogado se convierte no sólo en superfluo, sino que además puede ser obstáculo para la colaboración. Este puede permanecer en su cargo sólo si no ejercita más su papel de «defensor». De otra forma —como ha sucedido—, debe ser sustituido por otro abogado que acepte, al igual que su cliente, colaborar por su parte con el juez instructor.

exacto contenido de las acusaciones promovidas, por otro lado no lo protege en forma alguna. Se ha hecho, en efecto, cada vez más frecuente en los últimos años que se dé —sobre todo cuando se trata de personas muy conocidas— una gran publicidad a las iniciativas y a las investigaciones de los magistrados, aun en los casos en que sólo se trata de «indagaciones preliminares» basadas en las más frágiles sopechas y desarrolladas con el único fin de establecer si se dan los requisitos para elevar la acusación específica. Las consecuencias para el magistrado son muchas veces gratificantes, porque, con frecuencia, le otorgan inmediatamente una fama a nivel nacional que es aquella del que «lucha» contra la corrupción, la criminalidad, los prepotentes; de aquel que «osa» —por otra parte, sin que de ello se derive responsabilidad alguna— incriminar y perseguir a los poderosos (la búsqueda de esta fama pública —y de las gratificaciones añadidas a ella conectadas— se ha hecho en muchos casos tan evidente que incluso se le ha dado nombre: «protagonismo»).

Las consecuencias para el ciudadano pueden ser —y lo han sido de forma recurrente— desastrosas, sea en lo que concierne a su respetabilidad social, sea por aquellos efectos negativos que estas informaciones pueden tener sobre sus actividades laborales y patrimoniales. Que al fin —como en los últimos años ha sucedido a menudo— las acusaciones resulten mucho tiempo después redimensionadas o incluso se confirmen como del todo infundadas, no repara en forma alguna los daños sufridos (no ha habido hasta ahora ningún instrumento válido para la reparación de los errores judiciales).

Concluida la fase instructoria, el magistrado que la ha conducido puede, de distintas maneras, descargar al imputado de toda acusación, evitándole el proceso público o bien reenviarlo a juicio, suministrando al juez del proceso, en forma escrita, todas las pruebas recogidas y las razones por las que considera que el imputado debe ser procesado. Sólo en este momento —y a menudo años después del inicio del procedimiento penal y de la detención preventiva— el imputado y su defensor adquieren el derecho a conocer el completo contenido de la actividad instructoria. Es sólo a partir de este punto del procedimiento, y en particular en el curso de la pública discusión, cuando *formalmente* puede desplegarse con plenitud el papel de la defensa. *De hecho*, sin embargo, ésta encuentra dificultades y limitaciones que en sustancia reducen considerablemente su eficacia. Veamos sumariamente por qué:

a) En el primer nivel de la jurisdicción, la *pretura* —donde el juez puede por regla imponer penas que impliquen privación de libertad de hasta diez años (aunque excepcionalmente también penas más elevadas)—, aquel que juzga es el mismo magistrado que ha iniciado la acción penal y conducido las investigaciones. Es el mismo magistrado que ha sometido al imputado a

interrogatorio y que eventualmente ha limitado su libertad personal y patrimonial. Estamos aquí ante el caso extremo de juez-acusador, que de hecho desarrolla a veces también actividad de policía. Su imparcialidad de juicio resulta de hecho bien poco plausible y ciertamente poco creíble para el ciudadano (16).

b) En el nivel jurisdiccional más elevado, Tribunal y «Corte di Assise» (de lo penal), se da, a diferencia de lo que sucede en *pretura*, una neta distinción personal entre quien compone el colegio que ha de juzgar —en este nivel no hay jueces singulares— y quien ha conducido las investigaciones (pero también aquí, bien se trate de los magistrados que juzgan, bien sean aquellos que desarrollan funciones de fiscal de Audiencia, pertenecen en todo caso al mismo cuerpo y, habitualmente, trabajan en juzgados contiguos) (17). Hay que subrayar además que a esta fase del juicio llegan como máximo el 7-8 por 100 de los procedimientos (en otras palabras: también en este nivel la casi totalidad de los procedimientos quedan definidos por un juez acusador, por tanto, en la fase instructoria, y también aquí el juez tercero entre las partes es sólo un lejano, vago espejismo). Muy en general se puede observar que también en la fase del debate público los derechos de la defensa acaban de hecho por ser reducidos y a veces desprovistos de eficacia por dos razones al menos. De un lado, porque las pruebas ya han sido recogidas, clasificadas y valoradas en forma escrita en la fase sumarial, y el juez del proceso conoce este material antes aún del desarrollo del proceso (con la consecuencia de que a menudo el proceso termina por desenvolverse conforme a la pauta ya pre-dispuesta en la fase instructoria y en ocasiones sin que los actos y las pruebas recogidas en la fase instructoria sean todos realmente valorados o conocidos en audiencia); por otro lado, el hecho de que la instructoria, sobre todo en

---

(16) Su credibilidad desde la posición de juez tercero entre las partes se funda formalmente sobre dos presupuestos bien poco plausibles y creíbles en la concreta realidad procesal: el *primero* es que el magistrado, aun habiendo desarrollado anteriormente los cometidos de parte antes sucintamente enumerados, pueda resolver posteriormente y de hecho desarrolle con plena imparcialidad, con distancia y serenidad las ulteriores actividades en el debate y en el juicio; el *segundo* es que el ciudadano imputado pueda y deba con plena serenidad considerar imparcial a aquel que hasta ahora ha sido a sus ojos su acusador —sería mejor decir su «perseguidor», en el caso de que se trate de un imputado efectivamente inocente— sólo porque, aun tratándose de la misma persona, ésta haya cambiado, por así decir, tras el reenvío a juicio, el hábito para vestir ahora la toga del juez.

(17) En el limitado número de casos en que está previsto el jurado popular —sólo para los delitos causantes de mayor alarma social—, éste no tiene en Italia el poder de juzgar *auténticamente* sobre la culpabilidad de los acusados, sino que juzga, sea de hecho o de derecho, en el ámbito de un colegio que incluye dos magistrados de carrera, uno de los cuales tiene también la función de presidir el colegio juzgador.

los procesos complejos, dure a menudo muchos años, convierte a las pruebas recogidas en aquella fase en irrefutables (18).

Contribuye también a disminuir la eficacia de la defensa el hecho de que las eventuales violaciones de leyes cometidas por el magistrado instructor al recoger las pruebas de cargo contra el imputado (como, por ejemplo, aquellas que se han obtenido en el curso de registros o secuestros dispuestos sin seguir los trámites formales) puedan, a diferencia de lo que sucede en otros países, ser en todo caso utilizadas a los fines de una eventual condena.

La parcial y sucinta descripción hecha hasta aquí de las características del proceso penal en primer grado estaba dirigida a poner de relieve las consecuencias disfuncionales que pueden derivar, y que a menudo derivan de las evoluciones verificadas en los comportamientos y en la práctica judicial. Estaba dirigida en particular a subrayar —prescindiendo de todas formas de un análisis de las muchas circunstancias que la han favorecido— cómo esta evolución ha sido posible por la excepcional suma de poderes y funciones que se concentran en manos de la magistratura, poderes y funciones que un número creciente de magistrados instructores («pretore», fiscales y jueces instructores) han ejercido *individualmente* con creciente discrecionalidad. Al respecto hemos tratado de poner en evidencia cómo el papel del magistrado instructor comprende poderes y funciones que en otros países de consolidada tradición demoliberal se ha considerado —precisamente con el fin de garantizar las libertades del ciudadano— deben distribuirse entre órganos que son distintos unos de otros y que están en distintas formas predispuestos para controlarse y condicionarse recíprocamente.

Como hemos visto, entre las muchas actividades y los muchos poderes que el magistrado instructor ejercita con plena independencia y amplia discrecionalidad hay, en efecto, por un lado, algunos que en otros países son de exclusiva competencia de la policía, y por otra parte están también aquellos (como los amplísimos poderes de coerción que el magistrado puede directa e indirectamente ejercitar sobre las libertades del ciudadano) que en otros países democráticos están reservados exclusivamente a un juez tercero entre las partes. Por muchas vías, en un número creciente de casos, el proceso penal ha venido de hecho, y cada vez más, a producir sus principales efectos sancionadores no a consecuencia de un proceso público, sino, antes bien, en los retrasos de la larguísima fase instructoria que lo precede (y que a menudo

---

(18) También aquí el testigo se mueve a menudo en condiciones psicológicas de intimidación por las consecuencias penales con que puede encontrarse y que, a menudo, le son recordadas expresamente por el juez en el caso de distanciarse de lo declarado en la fase instructoria.

dura varios años). En una fase, por tanto, en que las decisiones están basadas en el *libre convencimiento* del magistrado, madurado en el secreto del rito instructorio y no expuesto o sometido a ninguna forma de auténtico contradictorio. Las decisiones que en esa fase se adoptan sobre la libertad personal y patrimonial del ciudadano investigado han originado, cada vez más frecuentemente, consecuencias devastadoras sobre su *status* social, sobre sus condiciones de trabajo y económicas, sobre sus futuras perspectivas de vida, consecuencias que no pueden ser reparadas más tarde por una eventual absolución que acontezca muchos años después. Y es en esta fase en la que las largas, plurianuales, detenciones preventivas se transforman —como se ha señalado en más de una ocasión— en verdaderas y auténticas anticipaciones de la pena (con relación a ciudadanos que la ley pretende sean presumidos inocentes hasta la condena pronunciada por un juez imparcial). Ha resultado a menudo trastornado no sólo el principio constitucional de la presunción de inocencia, sino que se ha ido deformando en sus contenidos tradicionales y en su imagen misma la función judicial. La magistratura instructora se ha convertido en la auténtica protagonista del proceso penal (y es emblemático al respecto cómo sea ya de uso común, no sólo por parte de los ciudadanos, sino también de ilustres juristas, referirse a la actividad instructora como actividad llevada a cabo por el «juez» y de llamar «juez» a quien desarrolla, por el contrario, funciones de fiscal) (19).

La discrecionalidad que caracteriza sus iniciativas penales y las actuaciones coercitivas conectadas a las mismas han llevado progresivamente a la magistratura instructora a asumir un papel que no es ya sólo aquel de actuar para la represión de singulares y circunstanciadas violaciones penales y para la punición de los ciudadanos particulares que son responsables, sino también, y cada vez más a menudo, aquel de «combatir» problemas y disfunciones de gran relevancia política, social y económica. En este sentido, a menudo se ha venido configurando una numerosísima serie de iniciativas penales —ampliamente difundidas por la prensa— en materia de seguridad en los lugares de trabajo, de contaminación ambiental, de evasión fiscal, de fraudes bancarios y delitos económicos, de corrupción de administradores públicos y políticos, de terrorismo y criminalidad organizada.

El apoyo a veces entusiástico y el desacuerdo a veces mordaz que estas iniciativas han generado de vez en cuando, los debates y las consecuencias

---

(19) Es éste un fenómeno hoy día muy difundido. Por poner sólo uno de los muchísimos ejemplos que podrían aportarse, véase en el *Corriere della Sera* del 13 marzo 1986, pág. 4, el artículo de VALERIO ONIDA, profesor de Derecho Constitucional, y mi comentario publicado por el mismo periódico el 14 abril 1986 bajo el título «Ma i magistrati non dovrebbero aver paura del Parlamento».

políticas que a ellas se conectan, con predominio se han manifestado y agotado en el período inicial de las investigaciones y con relación a las actuaciones restrictivas de la libertad personal que eventualmente las acompañan, transformando de forma inmediata a los ojos de la opinión pública las hipótesis de delito en delitos efectivamente cometidos, y los sospechosos de culpabilidad, en ya condenados. A menudo, los magistrados promotores de tales iniciativas han adquirido rápidamente, prescindiendo de una verificación posterior del fundamento de sus iniciativas, fama nacional de «jueces» que habían optado «valerosamente» por «luchar» *contra* la corrupción, *contra* la degradación ambiental, *contra* la evasión fiscal, *contra* la criminalidad económica, *contra* el terrorismo, *contra* la criminalidad organizada. Estas transformaciones en el papel y en la imagen del juzgador, que no está tanto aplicado a juzgar como más bien a *luchar* contra los males de la sociedad, encuentra eco no sólo en las crónicas judiciales de los últimos quince-veinte años, no sólo en nuestras entrevistas a magistrados, abogados, funcionarios públicos, políticos, sino que ha terminado por producir efecto —con consecuencias sobre el papel judicial que se proyectan hacia el futuro— incluso sobre las motivaciones profesionales de las nuevas generaciones de magistrados (20).

El creciente activismo de los magistrados que desarrollan funciones instructoras, el papel central que éstos han llegado a asumir en el ámbito del proceso penal, si a veces han generado amplio consenso, otras veces, y cada vez más frecuentemente en los últimos años, han provocado desacuerdos y tensiones tanto en el interior del subsistema judicial (de notable intensidad han sido en los últimos años las tensiones entre magistrados y abogados) como en el exterior del mismo. El papel desempeñado por un restringido grupo de magistrados instructores —éstos sí verdaderamente valientes— en la «lucha» contra el terrorismo ha generado ciertamente conformidad muy difundida con su trabajo, sin que se incidiera demasiado sobre las modulaciones y desvíos procesales con que aquella «lucha» fue conducida, sin preocuparse de

---

(20) Las encuestas que hemos venido llevando a cabo desde 1964 hasta hoy sobre jóvenes recién entrados en la magistratura ponen en evidencia que en tanto que a mediados de los años sesenta éstos aspiraban en su inmensa mayoría a funciones judiciales en el sector civil, y veían en la adquisición de una profunda preparación técnico-jurídica en aquel sector la condición de sus futuras satisfacciones profesionales, en los últimos diez-quince años, y cada vez de forma más marcada, las preferencias de la gran mayoría se han ido orientando hacia aquellas funciones que son también exclusivamente instructoras (pretores, fiscales, jueces instructores), en tanto que las motivaciones de su opción profesional vienen cada vez más a menudo formuladas a través del convencimiento de que el trabajo de magistrado, más que cualquier otro, puede permitir a un joven, casi desde un principio, trabajar e incidir sobre cuestiones de gran relieve social.



masiado por las consecuencias futuras que sobre la evolución del proceso penal podría tener la instauración de prácticas no siempre respetuosas con el papel de la defensa y ciertamente poco atentas al mantenimiento de los confines tradicionales entre el papel del magistrado y el papel de la policía (como se ha dicho repetidamente, «después de todo, se estaba en guerra») (21).

Mucho más controvertidas y generadoras de tensión han sido las iniciativas de la magistratura en otros sectores como, sólo por dar el ejemplo más difícil, aquellas sobre la corrupción de los administradores públicos (frecuentes han sido, en efecto, las iniciativas penales contra gestores locales pertenecientes a distintos partidos) y de políticos de gran relieve nacional (ministros y ex ministros, presidentes y ex presidentes del Consejo) (22). En estos casos, como en otros, las sospechas de delito avanzadas por los magistrados instructores han sido, a despecho del secreto sumarial, ampliamente divulgadas e inmediatamente utilizadas en el debate público como pruebas ciertas de la corrupción de este o aquel partido. Cosa esta especialmente dañosa para el partido al que pertenecen los investigados, toda vez que las iniciativas penales se han podido adoptar, como repetidamente ha sucedido, al abrigo de los plazos electorales.

De aquí las acusaciones muchas veces formuladas contra los magistrados de estar politizados, de haber utilizado con fines partidarios sus poderes, de haber elegido para sus iniciativas los momentos más propicios para producir el mayor daño político, de haber obrado con desprecio de las garantías procesales destinadas a la tutela de la libertad y dignidad del ciudadano y, por tanto, también de aquél empeñado en la vida política.

Las recurrentes tensiones que ya desde hace muchos años rodean a un número creciente de iniciativas de la magistratura no han generado, sin em-

---

(21) No es aquí posible analizar el contenido de las largas entrevistas que hemos mantenido con magistrados que se han ocupado de las investigaciones sobre terrorismo. A la cuestión de que de sus actuaciones de entonces han surgido prácticas judiciales más tarde disfuncionales debemos en cualquier caso añadir que sólo una descripción analítica de las condiciones en que se encontraban para operar puede permitir emitir valoraciones sobre una actividad compleja, difícil y sumamente peligrosa como la dirigida entonces por ellos.

(22) Es éste el ejemplo más difícil y escabroso, porque sobre el problema de la corrupción política se concentran una extendida animosidad y justificadas preocupaciones. La objeción más frecuentemente dirigida contra quien, en nombre de una mayor protección de los derechos civiles en el ámbito del proceso, propone modificaciones en los poderes atribuidos a la magistratura instructora es aquella de que tales modificaciones podrían abafir una de las pocas resistencias aún existentes contra la propagación de la corrupción. Según esta orientación, el mantenimiento del actual orden, aun con sus preocupantes disfunciones, sería en todo caso para nuestro país un mal menor.

bargo, un fuerte movimiento de reforma capaz de corregir las preocupantes involuciones del proceso penal que hemos señalado antes. Los abogados, abandonando la actitud de obsequiosidad incómoda, casi servil, que tradicionalmente caracteriza, en la casi generalidad de los casos, su relación directa con los magistrados, han organizado numerosas manifestaciones de protesta e incluso adoptado distintas modalidades de huelga para denunciar y dar a conocer a la opinión pública la progresiva marginación del papel de la defensa en el proceso penal (23). Los resultados de estas iniciativas han sido, no obstante, de poco relieve también porque, a diferencia de sus colegas de otros países, los abogados italianos no han dado vida hasta hoy a organizaciones profesionales unitarias capaces de representar eficazmente y con continuidad sus puntos de vista sobre el funcionamiento de la administración de justicia, sus exigencias profesionales, sus expectativas. En concreto, no han estado en condiciones de competir —también por las características comprometidas de su trabajo profesional— con la potentísima organización de los magistrados, los cuales pueden contar, por el contrario, con un numeroso grupo dirigente, bien avenido con la prensa y con los centros de toma de decisiones (pero sobre este punto volveremos más adelante), que con constancia y empeño dedica las propias energías a la promoción de los intereses de categoría/clase y a la celosa salvaguardia de los actuales poderes de la magistratura.

Las fuerzas políticas, primero desatentas y después profundamente divididas en cuanto a la valoración que dar en ocasiones a los comportamientos judiciales, en parte temerosas de convertirse en blanco de iniciativas judiciales, convencidas en su mayor parte —y con razón (24)— de las dificultades muy particulares que en todo caso habrían encontrado eventuales propuestas de reforma, han creído —y ésta ha sido, por cierto, la tendencia prevalente en los principales partidos— poder contener los efectos negativos que les afectaban en particular —o considerando incluso poder utilizar a la magistratura en perjuicio de los adversarios políticos—, instrumentando estrategias

---

(23) Las más encendidas manifestaciones de protesta han sido en Nápoles, Palermo y Turín. En el curso de los últimos años, los abogados penalistas han organizado varias reuniones a nivel nacional justamente con el fin de denunciar la progresiva marginación del papel de la defensa. Sobre la crisis del papel del abogado, y más en general sobre muchas de las disfunciones en el proceso penal a las que se hace referencia en este párrafo, se puede ver lo escrito en un reciente libro por dos abogados de Turín, FULVIO GIANNARIA y ALBERTO MITTONE: *Dalla parte dell'inquisito*, Il Mulino, Bolonia, 1987, en particular los capítulos 2 y 3.

(24) Véase cuanto se ha dicho *infra* en el párrafo 2, en el que se trata de la influencia que la magistratura ejerce sobre el proceso legislativo.

poco transparentes y de tipo aliado o particularista. Los síntomas más evidentes de tales estrategias —que contribuyen a agudizar los desarrollos patológicos de nuestro orden judicial— son las iniciativas de los principales partidos, dirigidas:

- a establecer lazos de tipo particularista con concretos magistrados o con grupos de magistrados, ofreciéndoles gratificaciones de tipo variado; creando, como hemos visto, cada vez más ocasiones para comeditos extrajudiciales, que son controlados por los partidos a nivel nacional y local; financiando, por el trámite de los entes públicos, las «actividades culturales» de las distintas corrientes de magistrados, como, por ejemplo, sus congresos, sus centros de estudios, sus publicaciones (a diferencia de lo que sucede en otros países, en Italia los magistrados pueden solicitar, y de hecho con frecuencia solicitan, sin incurrir por esto en sanciones disciplinarias, contribuciones financieras a bancos, a entidades públicas, a particulares, para sus actividades asociativas) (25);
- a influir con creciente empeño y determinación —a menudo en conexión con las corrientes de la magistratura más afines a ellos ideológicamente— en la elección de los magistrados destinados a los distintos juzgados, y en particular los nombramientos para los juzgados principales (26).

---

(25) Hemos tenido repetidamente la posibilidad de hablar de este fenómeno con un cierto número de aquellos que han concedido aportes financieros y nos hemos encontrado frente a actitudes que varían entre dos polos opuestos. Desde la actitud de los que consideran la concesión de financiaciones como una especie de seguro, al menos parcial, contra futuros incidentes judiciales, a la actitud de los que consideran la solicitud —sobre todo cuando procede de magistrados que tienen poder de iniciativa penal y de investigación— como una intolerable violencia a la que uno no se puede sustraer.

Ninguna de las muchas iniciativas de reforma sobre la responsabilidad disciplinaria de los magistrados —ni siquiera la última del actual ministro Vassalli— toma en consideración estos fenómenos. Esto no obstante, sus gravísimas implicaciones y su evidencia (yo mismo he señalado ya la peligrosidad de ese fenómeno no sólo en artículos publicados en revistas científicas, sino que además he solicitado iniciativas al respecto en un diario de gran difusión: véase mi artículo en la primera página del *Corriere della Sera* de 5 marzo 1986, «Le polemiche per il vertice del Csm. Ma i magistrati vogliono essere davvero autonomi?»).

(26) Estas estrategias hacen particularmente débiles a las singulares fuerzas políticas frente a las exigencias que los magistrados adelantan *unitariamente*. Cualquiera de éstas, a la hora de considerar la posibilidad de oponer un rechazo, termina por desecharlo necesariamente al tenerse que preocupar por los efectos que tal rechazo puede tener al operar un incremento de la influencia de otras fuerzas políticas sobre la magistratura.

## 2. *La autonomía de la magistratura en el sistema político*

En ninguno de los sistemas políticos de consolidada tradición demoliberal el cuerpo judicial goza de una autonomía tan amplia como aquella de que disfruta la magistratura ordinaria italiana. Sus órganos de autogobierno (Consejo Superior de la Magistratura y Consejos Judiciales) están compuestos predominantemente o exclusivamente por representantes elegidos por y entre magistrados (27). A tales órganos se les atribuyen poderes de gobierno sobre el personal, tales como para permitir a la magistratura «autorreclutarse», autoevaluarse a los fines de la carrera y autodisciplinarse. De hecho, pues, la magistratura está capacitada para determinar en buena medida incluso el propio tratamiento económico, elevándolo, con iniciativas judiciales, a niveles muy superiores a los del resto de los empleados del Estado reclutados con las mismas modalidades; además, con un mecanismo automático de adecuación retributiva, que con el tiempo consolida y acentúa los privilegios ya adquiridos, evitando así el tener que revisar periódicamente el propio tratamiento económico (28).

Hemos llevado a cabo estudios en profundidad sobre las características y los efectos de estos aspectos peculiares de nuestro orden judicial. Obviamente, en este lugar no podemos enunciar valoraciones analíticas sobre las consecuencias (positivas o negativas) generadas en el interior y en el exterior del subsistema judicial por el actual orden de autogobierno de la magistratura. Nos limitamos aquí a indicar muy sumariamente sólo aquellos aspectos que más

---

(27) Los Consejos Judiciales (*Consigli Giudiziari*) están compuestos exclusivamente por magistrados. Existen en total 24 y operan en el ámbito de los distritos de Corte de Apelación. El Consejo Superior de la Magistratura, que entró en funcionamiento en 1959, está compuesto en neta mayoría por magistrados (la mayoría está fijada en 2/3 por la propia Constitución). Actualmente los componentes son 33, de los cuales 3 *ex officio* (presidente de la República, presidente y procurador general de la Corte de Casación); 20 elegidos cada cuatro años por magistrados, y 10 elegidos por el Parlamento (el alto *quorum* garantiza la representación de las minorías). A partir de 1976, los 10 componentes elegidos por el Parlamento han sido siempre designados: 4 por Democracia Cristiana, 3 por el Partido Comunista, 2 por el Partido Socialista y uno por acuerdo entre los partidos laicos menores, es decir, PSDI, PRI y PLI.

(28) Véase G. DI FEDERICO: «Costi e implicazioni istituzionali dei recenti provvedimenti giurisdizionali e legislativi in materia di retribuzioni e pensioni dei magistrati», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, núm. 2, 1985, págs. 331-373. Véase también F. ZANOTTI: «Analisi diacronica dei principali provvedimenti in tema di retribuzione dei magistrati e degli avvocati dello Stato», en *AREL Informazioni*, enero 1985, págs. 11-58.

directamente contribuyen a las disfunciones judiciales y a las tensiones entre el subsistema judicial y otros componentes del sistema político.

Un primer efecto se refiere a *las garantías en cuanto a la cualificación profesional de nuestros jueces y fiscales*. Las modalidades en que los órganos de autogobierno han organizado el sistema de evaluaciones en los últimos veinte años han acabado por privilegiar claramente las expectativas de los propios electores —esto es, de los magistrados— frente a la garantía de su cualificación profesional. De hecho, como muestran nuestros estudios, tras un examen inicial de muy escasa operatividad selectiva, y dirigido sólo a comprobar conocimientos generales de Derecho, los magistrados permanecen en la carrera en torno a cuarenta y cinco años sin sufrir otras evaluaciones o pruebas sobre la capacidad profesional que sean sustancialmente relevantes (29). La determinación con que los órganos de gobierno han perseguido el objetivo de promover para los distintos niveles de la carrera a todos aquellos que hubieran madurado la suficiente antigüedad, ha llevado al Consejo Superior de la Magistratura a promover —por méritos judiciales— a muchos magistrados que tras el ingreso en la carrera no habían ejercitado prácticamente ninguna función judicial, pero que habían estado empleados en actividades administrativas en distintos Ministerios o que por largo tiempo habían sido miembros del Parlamento (30).

En un orden así construido, donde la cualificación personal y profesional se adquiere casi exclusivamente en el efectivo desarrollo de las funciones judiciales, la posesión o no de la necesaria cualificación y la propia dedicación al trabajo terminan por hacerse depender, casi de modo exclusivo, de su capacidad autodidáctica y de la fortuita circunstancia de que ni una ni otra se deterioren con el pasar de los años hasta la edad de la jubilación, prevista a los setenta años (31). Así las cosas, no pueden ciertamente causar maravilla

---

(29) Véase G. DI FEDERICO: «Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle», en *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, núm. 4, 1985, págs. 21-60.

(30) Véase G. DI FEDERICO: «Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri», en F. ZANNOTTI: *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, CEDAM, Padua, 1981, en particular, págs. LVI-LIX.

(31) Ni siquiera los medios extremos de selección negativa aún existentes, esto es, la remoción como consecuencia de procedimiento disciplinario por un lado y la dispensa del servicio por debilidad mental o enfermedad por otro, garantizan al ciudadano que de cualquier forma y en todo caso se encontrará frente a un juez o a un fiscal dotado de un mínimo de cualificación bajo el perfil de la diligencia, de la preparación, de la moralidad y del equilibrio. Al respecto, véase G. DI FEDERICO: «Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati: la rimozione a seguito di giudizio

las recurrentes, visibles y crecientes carencias de profesionalidad personal y técnica de nuestros magistrados; antes bien, deben causar sorpresa y admiración las manifestaciones, si se dan, de alta profesionalidad (32).

Un segundo efecto atiende a la *proliferación de los cometidos de carácter extrajudicial*. La actual ausencia de un nexo, en alguna manera significativo, entre prestación de servicios judiciales y consecución de los beneficios de la carrera, añadido a la posibilidad de obtener las promociones con un servicio efectivo en las funciones judiciales muy limitado y, en fin, también prescindiendo del mismo (33), ha dado pie —sobre todo en un cuerpo reclutado en forma burocrática (34)— a la búsqueda de gratificaciones externas a la estructura judicial en primera medida impracticable (35). Si el temor que la magistratura inspira ha llevado a muchos a buscar amigos en «palacio», siempre más poderoso que la justicia, por otro lado los magistrados, favorecidos por el automatismo con que en el presente se consiguen los beneficios de la carrera judicial, han vuelto cada vez más su atención a la búsqueda de compensaciones añadidas, que les son concedidas por grupos o personas extrañas a la magistratura, y, en particular, a la asunción de aquellas misiones (a veces auténticas carreras concomitantes con la judicial) que son encomendadas por políticos o que, como quiera que sea, se corresponden directa o indirectamente con aquel vasto sistema de los «repartos» de puestos (*spoglie*) que, de hecho, está controlado por los partidos (36).

disciplinare e la dispensa dal servizio per debolezza di mente, infermità o inettitudine», en G. DI FEDERICO y otros: *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussione su una ipotesi di riforma*, CEDAM, Padua, 1987, págs. 189-207.

(32) Al presente también entre los magistrados se va difundiendo cada vez más la conciencia de las extendidas y graves faltas de profesionalidad que se manifiestan en el desarrollo de las actividades judiciales. Si este conocimiento resulta expresado con más frecuencia, mayor crudeza y menor reparo en las entrevistas, el mismo emerge hoy, aunque en forma más reducida, también en declaraciones públicas con carácter oficial. En su último informe sobre el estado de la justicia, en efecto, el procurador general de la Corte de Casación ha afirmado: «... la objetividad impone que se señalen episódicas, pero no por ello menos graves, faltas de profesionalidad de algunos jueces que originan retrasos, incumplimientos, disfunciones en relación a las funciones del instituto» (véase VITTORIO SGRODI: *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1987*, Roma, 12 enero 1988, pág. 7).

(33) G. DI FEDERICO: «Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati...», op. cit., págs. LVI-LIX.

(34) Véase G. DI FEDERICO: «The Italian Judicial Profession and its Bureaucratic Setting», op. cit., en particular las págs. 40-43.

(35) G. DI FEDERICO: «Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati...», op. cit., págs. LVI-LIX.

(36) *Ibidem*, y en particular el párrafo 5.1 del título «Gli incarichi extragiudiziari come veicolo di lottizzazione partitica della magistratura», págs. LVIII-LXVIII.

Si el predominio de la figura del juez acusador, del que nos hemos ocupado en el párrafo precedente, hace a menudo poco creíble la imparcialidad, ciertamente la amplia proliferación de tareas extrajudiciales no sólo repercute negativamente sobre la eficacia de la máquina judicial, sino que contribuye en considerable medida también a minar la imagen de independencia de los jueces y fiscales a los ojos del ciudadano (37).

Hay que señalar, por último, que el Consejo Superior de la Magistratura, al cual la Constitución únicamente atribuye de forma explícita las decisiones relativas al gobierno del personal de la magistratura, ha venido asumiendo con el tiempo un papel de gran relieve, sea con relación al funcionamiento de los juzgados, sea como autorizado interlocutor del gobierno, del Parlamento y de la clase política para todas las cuestiones relativas a la administración de la justicia, y además como portavoz de las expectativas y de las quejas de la corporación de los magistrados. Un papel cada vez más importante, que ha generado recurrentemente no pocas tensiones de gran repercusión e intensidad con relación a los otros órganos del Estado: con los ministros, con el propio presidente del Consejo, con los parlamentarios e incluso con el presidente de la República (38).

### 3. *La influencia de la magistratura sobre el proceso legislativo en materia de administración de justicia*

Concurren a determinar la particular influencia que respecto de otros países de tradición constitucional ejercita nuestra magistratura, bien sea en el ámbito del poder legislativo y ejecutivo, bien más en general sobre la clase política nacional y local, *múltiples factores interactuantes entre sí que en distintas formas se refuerzan recíprocamente*. Entre éstos, cierto es, algunas pe-

---

(37) Sobre la escasa confianza que los ciudadanos y los aplicadores de la justicia ponen en la imparcialidad de la magistratura y en su apoliticidad se pueden ver los sondeos de opinión promovidos y publicados por el *Corriere della Sera* (17, 18, 19 y 20 diciembre 1985), por el Partido Radical (los resultados de este sondeo son recogidos sumariamente por *Il Mondo*, 28 julio 1986), por la televisión (reportaje del diario *Il Tempo*, bajo el título «Desconfianza extendida frente a los jueces», 18 marzo 1985, pág. 11). Hay que señalar también un estudio dirigido por un sociólogo entre los abogados que trabajan en Lombardía. En tal estudio se preguntaba, entre otras cosas, si los planteamientos políticos del juez influyen sobre el resultado de las causas: cerca del 90 por 100 de los abogados interpelados han respondido que sí. Véase G. P. PRANDSTRALLER: *Avvocati e metropoli*, Franco Angeli, Milán, 1981, págs. 69-71.

(38) Acerca de algunos aspectos del conflicto entre Consejo Superior de la Magistratura y el presidente de la República se pueden ver cuatro artículos míos publicados en primera página en el *Corriere della Sera* del 4, 5, 6 y 7 marzo 1986.

culiaridades procedentes tanto de nuestro sistema judicial como de nuestro sistema de partidos. Peculiaridades que han propiciado el desarrollo de un fuerte asociacionismo de los magistrados y la consolidación de una elite corporativa cada vez más eficaz en la gestión, en una pluralidad de sedes institucionales, del enorme poder contractual que al cuerpo de la magistratura le viene dado por los excepcionales poderes judiciales, que, como hemos visto, le son conferidos a tal cuerpo.

Hemos llevado a cabo estudios en profundidad sobre muchos aspectos y episodios de este fenómeno sobre cuyos resultados realmente no es posible hacer referencia en este lugar. Muy sumariamente nos referiremos aquí únicamente a los aspectos que más directamente contribuyen a determinar esa particular influencia que la magistratura está en situación de ejercer sobre el proceso legislativo en materia de administración de justicia, influencia que va mucho más allá del poder que se le reconoce a su órgano de autogobierno, el Consejo Superior de la Magistratura, para formular propuestas de reforma y dar su parecer sobre las iniciativas legislativas atinentes a la administración de justicia. Consideremos aquí tres aspectos de este complejo fenómeno:

a) Los magistrados tienen, por ley, el monopolio de todos los puestos directivos del Ministerio de Gracia y Justicia, comprendidos aquellos del gabinete del ministro y de la Secretaría del legislativo (al Ministerio están permanentemente destinados más de 100 magistrados y muchos de ellos permanecen allí buena parte de su vida laboral) (39).

La sólida presencia de los magistrados en el Ministerio, el control de todas las actividades que en su interior se llevan a cabo y la considerable independencia que han venido adquiriendo de hecho en su relación con el ministro, del que formalmente dependen, dejan secuela (40) y, por limitarse

---

(39) Su inamovilidad parece haberse convertido en idéntica a la que los magistrados tienen en los juzgados. En esto se han visto favorecidos —como hemos visto— por la política de las tomas de decisión del CSM, que les permiten obtener promociones por méritos «judiciales» en todos los niveles de la carrera, también si han desarrollado preferentemente funciones administrativas.

(40) Entre las consecuencias negativas está aquella que procede del dar por descontado que los magistrados destinados al Ministerio serán inmediatamente capaces de desenvolver todas las múltiples y particularísimas funciones competencia del Ministerio (el presupuesto de la omnicompetencia funcional es, por otra parte, característico de toda la administración de justicia y, en general, de todos los cuerpos burocráticos del Estado). Las disfunciones y despilfarros que de ello se derivan son a menudo muy graves, sobre todo cuando los magistrados son destinados a funciones muy distintas de las que llevaban a cabo en los Juzgados (como, por ejemplo, dirigir el complejo entero de las cárceles italianas, dirigir el cuerpo de vigilantes de prisiones o bien ocuparse de la informática judicial).



únicamente a los aspectos que más directamente interesan, implican por cierto que para la preparación de los proyectos de ley del gobierno y para la valoración de aquellos procedentes de la iniciativa parlamentaria —así como para cualquier actividad suya— el «ministro guardasellos» dependa enteramente, bajo el perfil operativo, de los magistrados ministeriales que, por los puestos ocupados, controlan de forma exclusiva el uso de todos los resortes organizativos que más directamente contribuyen a determinar la acción del ministro: informaciones, su elaboración y empleo, dictámenes, redacción de apuntes, indicación de los problemas a resolver e iniciativas a adoptar, redacción de proyectos de ley y ponencias relativas a los mismos, valoración de las iniciativas de otros, formulación de las propuestas y respuestas del ministro en el curso de los trabajos parlamentarios, etc. (41). De notar es también la influencia que estos magistrados ejercen a menudo para excluir de las comisiones ministeriales de elaboración de las reformas a los expertos portadores de ideas a ellos *non gradite*.

b) Un buen número de magistrados, aun permaneciendo como tales y que continúan haciendo carrera en el orden judicial, resultan elegidos diputados y senadores en las listas de diferentes partidos políticos y son a menudo destinados a servir en las comisiones de justicia de la Cámara y del Senado, se convierten en ponentes de proyectos de ley relativos a la administración de justicia, participan en la discusión sobre los mismos con el papel privilegiado procedente de una competencia específica que, con razón o sin ella, les es en todo caso reconocida.

c) Muchos magistrados, entre ellos los elementos más activos de la Asociación Nacional de Magistrados Italianos (ANMI), tienen una pluralidad de accesos privilegiados a la clase política, y a menudo una intimidad cotidiana de trabajo, formal e informal, con los más influyentes representantes del gobierno y de la oposición. Esta circunstancia, que les da, entre otras, la posibilidad de ejercer presión e influir amplia y tempestivamente sobre el proceso legislativo, deriva de otro aspecto singular de nuestro orden institucional, y éste es, como hemos visto, el de que entre nosotros a los magistrados se les permite recibir nombramientos y beneficios varios de fuentes extrañas a la

---

(41) De las entrevistas realizadas por nosotros en el Ministerio de Justicia resulta claramente cómo muchos de los magistrados allí destinados consideran que el monopolio de los puestos directivos a ellos reservados debe entenderse como instrumento necesario para evitar que el ministro use de los poderes que la Constitución le atribuye («la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia»), de forma tal que resulte minada la independencia de la magistratura. Este planteamiento es visible no sólo en nuestras entrevistas, sino también en documentos oficiales elaborados por los magistrados del Ministerio a comienzos de los años ochenta.

magistratura y participar activamente en la distribución cuando tiene lugar el «reparto» (*spoglie*), que está controlado por los partidos políticos. Así, además de en el Parlamento nos volvemos a topa cada vez con más frecuencia con magistrados en puestos de gran relieve político en el ejecutivo (ha habido incluso magistrados-ministros y magistrados-subsecretarios), en el gobierno de los entes locales (42), en muchos otros organismos públicos, en las comisiones de estudio internas de los principales partidos y en particular en aquellas que se ocupan de elaborar las iniciativas en materia de justicia y evaluar las propuestas que sobre el tema son adoptadas por otros partidos y por el gobierno. Para comprender la puntualidad y la eficacia con que la élite corporativa de los magistrados es capaz de movilizarse sobre cualquier cuestión que afecte a la categoría es preciso, además, tener en cuenta que, como nuestros estudios evidencian, en los últimos veinte años se ha venido desarrollando una tupida y eficaz red de interconexiones informales (para intercambio de informaciones, para concertar estrategias o vías de acción dirigidas a promover o sostener ciertas iniciativas o, por el contrario, a desalentar o impedir otras), que se activan, abundantísimas, entre los magistrados que ocupan posiciones de importancia en el ámbito de los tres poderes del Estado y en el ámbito de otras instituciones, y que están en condiciones de ejercer un continuo influjo rector sobre cualquier iniciativa que les afecte (en el Consejo Superior de la Magistratura y en la Asociación Nacional de Magistrados, en el Ministerio de Gracia y Justicia y en otros Ministerios, en el Parlamento, en la Corte Constitucional, en las comisiones de estudio de los diferentes partidos, etc.). Si se quisiera, por tanto, definir por inducción qué cosa sea la división de poderes partiendo de una observación del caso italiano, el resultado sería de notable originalidad (43).

Contribuyen a reforzar, a hacer aún más sólido el control que la magistratura está en situación de ejercer sobre todas las cuestiones que afectan a la administración de justicia y a los propios intereses, otras circunstancias además de las ya vistas. Entre éstas es oportuno indicar aquí una que ha venido

---

(42) Ha habido y hay magistrados que son elegidos consejeros comunales o regionales, que son nombrados alcaldes o tenientes de alcalde, incluso de grandes ciudades como Perusa o Palermo.

(43) De acuerdo con la exigencia de los controles recíprocos entre poderes, debiera, en efecto, concluirse que se trata de un orden institucional en el cual aquellos que son titulares de las funciones de juez y fiscal pueden ser destinados, por períodos más o menos largos, a ejercitar funciones legislativas además de funciones de gran relieve en la esfera del ejecutivo, mientras que aquellos que sólo son titulares de funciones legislativas o ejecutivas no pueden ser destinados *pro-tempore* a ejercitar funciones de juez o de fiscal.

asumiendo un particular relieve y que se conecta a una peculiaridad de nuestro sistema político, en el que un gran partido, el PCI, está siempre relegado a ejercitar un papel de oposición.

Nuestros estudios sobre la actividad parlamentaria y de partido en materia de administración de justicia muestran claramente cómo la orientación del Partido Comunista —a partir de los años sesenta y con un empeño creciente desenvuelta en los años setenta y ochenta— está en sustancia y casi sin excepción dirigida:

- a favorecer la ampliación de los poderes del subsistema judicial en el sistema político;
- a contrastar o prevenir cualquier iniciativa de redimensionarlo;
- a apoyar la petición de ventajas corporativas avanzadas en distinta forma por la magistratura y en particular por su potente sindicato, la Asociación Nacional de Magistrados (44).

La fuerza parlamentaria del PCI, su gran capacidad de condicionar con una presencia activísima los trabajos parlamentarios (lo que se corresponde con la escasa homogeneidad de las fuerzas políticas que componen la mayoría y los difundidos temores entre los parlamentarios en su relación con la magistratura), han hecho posible ciertamente que tal orientación haya terminado a menudo por hacer vanas o incluso por desalentar con carácter previo las iniciativas de otras fuerzas políticas o del gobierno que tuvieran intención de redimensionar los excepcionales poderes que se han venido concentrando en manos de nuestra magistratura y, por tanto, también de sanar las disfunciones que tal situación provoca (45). Esta orientación del Partido Comunista, que se ha hecho cada vez más patente, y no sólo en el ámbito parlamentario (46), ha llevado a una relación «privilegiada» de la elite corporativa de la magistratura con el Partido Comunista y hace válido para el PCI la etiqueta de

---

(44) Este planteamiento es documentable sobre la base de los análisis que hemos llevado a cabo acerca de los comportamientos de diputados y senadores del PCI con ocasión de las discusiones de las propuestas y proyectos de leyes en materia de administración de justicia entre 1963 y 1987.

(45) Esta afirmación se basa no sólo en entrevistas y charlas informales mantenidas periódicamente con componentes de comisiones de justicia de la Cámara y del Senado y con otros políticos en el curso de los últimos quince-veinte años, sino también en el convencimiento madurado tras haber participado como experto en los trabajos de varias comisiones tanto ministeriales como internas en los partidos mayores de gobierno.

(46) La misma orientación resulta, incluso con mayor evidencia, de nuestros análisis de las actividades del CSM y en particular del análisis de los comportamientos de sus componentes elegidos por el Parlamento a indicación del PCI (véase *supra*, nota 22).

«partido de los magistrados» (47), y ha impreso su sello —de significado no sólo simbólico— en el nombramiento de uno de los magistrados elegidos al Parlamento en la lista del PCI, como responsable de las políticas del Partido con relación al sector justicia.

No es éste, ciertamente, el lugar en que puede intentarse dar cuenta de las razones de la orientación del Partido Comunista en materia de administración de justicia, pero es de todas maneras posible señalar aquello que en términos más generales puede considerarse en el origen de este planteamiento, y que se relaciona con la particular posición que el Partido Comunista ocupa en el sistema político, donde, a pesar de su fuerza electoral y parlamentaria, está «condenado» de hecho a un perenne papel de oposición respecto del gobierno de la nación. Tal posición peculiar, de la que no se prevé salida posible, lleva comprensiblemente al Partido Comunista a prevenir y probablemente a potenciar el «papel de oposición» que la magistratura puede ejercer y que de hecho ha ejercido frecuentemente con gran resonancia en la prensa y, por tanto, también a costa de sostener y no oponerse a exigencias corporativas difícilmente conciliables con sus políticas y sus propios intereses (48).

Es imposible dar cuenta aquí, sino mediante sucinta ejemplificación, de cuáles sean los comportamientos de la magistratura que se han venido saldando con los intereses de un partido colocado establemente en la oposición. Baste recordar en primer lugar cómo en los últimos quince-veinte años han sido recurrentes las iniciativas penales sobre materias que con justa razón tienen a la opinión pública cada vez más sensibilizada y preocupada. Iniciativas penales en las que se ha hipotizado, con gran resonancia en la prensa, sobre graves actos de corrupción y, más en general, sobre la utilización ilícita

---

(47) La recurrente atribución de esta etiqueta al PCI ha suscitado incluso la protesta de su responsable del sector justicia, Violante. Véanse, al respecto, las actas del congreso celebrado en Roma por el PCI al comienzo de 1987 y publicadas en un volumen con el título *Il diritto alla giustizia*, aludido en el núm. 3 de *Rinascita*, 4 abril 1987, pág. 37.

(48) Para ejemplo que evidencia el sustancial apoyo dado por el PCI a solicitudes corporativas *non gratas* puede hacerse referencia a las vicisitudes de los últimos aumentos de sueldo a los magistrados establecidos por la Ley 425/1984, de 6 de agosto. En tanto que las solicitudes de los magistrados y las iniciativas judiciales con que las habían impuesto habían sido duramente censuradas por el PCI (baste ver, al respecto, la prensa diaria de los primeros días de junio de 1986), su comportamiento parlamentario ulterior en el curso del debate y votación de la ley fue sustancialmente de apoyo. Esta aquiescencia resulta aún más significativa si se tiene en cuenta que la ley no sólo establecía fuertes aumentos, sino que preveía una escala móvil mucho más ventajosa y acentuada que aquella que algunos meses antes había sido derogada para todos los demás funcionarios.

de los poderes públicos, sobre todo por parte de exponentes políticos de aquellos partidos que, por regla general, componen las distintas coaliciones de gobierno. Iniciativas estas contra las cuales se ha promovido, por parte de representantes políticos de los partidos de gobierno, la acusación dirigida a la magistratura de utilizar la amplísima discrecionalidad que de hecho caracteriza la acción penal para golpear, para denigrar públicamente a este o aquel partido, a menudo con la acusación añadida de haber usado de propósito aquellas iniciativas penales al abrigo de las elecciones justamente con el fin de producir el mayor daño político (49).

Las iniciativas penales en materia de corrupción política no son, sin embargo, las únicas a tener presentes para comprender el particular ligamen entre los magistrados —a prescindir también de sus tendencias políticas personales— y el Partido Comunista. A título de ejemplo, esto es, sin pretender ser exhaustivos en relación con un fenómeno que es complejo y rico en episodios de relieve, se pueden recordar las orientaciones jurisprudenciales de los «pretors» en materia laboral (conflictos laborales y condiciones de trabajo) que han privilegiado casi sistemáticamente y de forma muy visible los intereses de la «clase obrera» en la relación con los «patrones» grandes y pequeños (50), sobre todo en el curso de los años setenta e inicio de los ochenta (aun cuando el uso mismo de estas expresiones era recurrente en la contienda política, evocaba en muchos la convicción de que una revolución de inspiración marxista-leninista estaba a las puertas y llevaba a muchos magistrados a considerar que también los poderes a ellos atribuidos podían ser utilizados para accionar una evolución política en esa dirección). Asimismo pueden recordarse también las iniciativas de la magistratura en materia de contaminación ambiental y de delito económico, que han puesto recurrentemente bajo

---

(49) Lo que aquí interesa no es valorar en qué medida las iniciativas adoptadas por la magistratura contra políticos del área de gobierno tenían fundamento, y del otro lado hasta qué punto las réplicas de los partidos fueran atendibles. Lo que nos interesa es sólo señalar cuáles son las razones que objetivamente llevan al PCI a ser, por así decirlo, «el partido de los magistrados».

(50) La jurisprudencia al respecto es riquísima en supuestos. Por ejemplo: no sólo no se considera justa causa de despido el insulto dirigido por un empleado a su superior: *vai a cagare* (Tribunal de Génova, 20 noviembre 1982), o el comportamiento de aquel empleado que se dice enfermo para pasar a trabajar en otra compañía (pretor de Milán, 23 julio 1973), o el comportamiento de aquel asistente de vuelo de Alitalia culpable del delito de contrabando (casación de 5 octubre 1985); no se considera justa causa ni siquiera el comportamiento del dependiente de una charcutería que había mantenido relaciones sexuales, «fuera del horario de comercio», con la mujer del propio empleador (pretor de Milán, 25 enero 1971). También en este caso el juez ordenó la readmisión del dependiente despedido.

acusación a exponentes de las clases económicas privilegiadas y subrayado a menudo las carencias y la ineficacia de las políticas gubernamentales en estos sectores, que a veces han hecho volver los ojos hacia inquietantes interconexiones entre estos fenómenos de criminalidad y poder político.

No es ahora importante discutir y valorar si, y en qué medida, los comportamientos de la magistratura (sobre todo de aquella instructora) han estado de vez en cuando justificados plenamente o, por el contrario, deben ser interpretados como el resultado de un uso provocado y malicioso de sus poderes de iniciativa penal o de coerción en relación con personajes políticos (hay ciertamente múltiples ejemplos de uno y otro caso). Lo que aquí es relevante para comprender la particular relación entre PCI y magistratura es que a menudo las iniciativas tomadas y los comportamientos adoptados por la magistratura en los varios sectores indicados, e incluso en otros, se vuelven en su complejidad políticamente ventajosos para un partido como el PCI que, estando en la oposición, no puede sino con agrado cualquier iniciativa que ponga en aprieto a los partidos de la mayoría o que actúe políticas consonantes con sus planteamientos, sin tener que preocuparse en exceso por si estos mismos poderes pueden ser utilizados en la misma medida con relación a ellos. Bajo este perfil se pueden entonces entender las razones que llevan al PCI, casi por una perversa fisiología del sistema, a convertirse en alfil del actual orden de la magistratura, sostén de sus logros corporativos e incluso a gratificar, a veces descaradamente, los comportamientos judiciales a ellos políticamente gratos (51).

Aunque muy sumariamente, cuanto hemos venido diciendo en este párrafo sobre las múltiples causas del control que la magistratura está en situación de ejercer sobre el proceso legislativo, debiera servir para comprender lo difícil, por no decir imposible, de la tarea de aquel que quisiera redefinir nuestro orden judicial con el fin de hacer mayor la compatibilidad

---

(51) El caso más patente ha sido aquel de la candidatura en las listas del PCI y de la posterior elección a la Asamblea Regional siciliana (1981) de un pretor de Mesina que había emprendido iniciativas penales de gran resonancia nacional en relación con los administradores democristianos de aquella ciudad (suspendiendo de sus funciones directamente al alcalde). Es significativo que en el curso de la campaña electoral la prensa presentara al pretor —candidato del PCI— como «el campeón mesinés de la lucha contra el desgobierno democristiano», con explícita referencia a las iniciativas judiciales emprendidas por él. Hay que recordar que fenómenos de este tipo son totalmente legítimos en nuestro ordenamiento. Así como sería legítimo que ese pretor, al término de su mandato en la Asamblea Regional siciliana, volviera a ejercitar sus funciones judiciales precisamente en Mesina. Para más detalles sobre este caso y sus implicaciones, véase G. DI FEDERICO: «Gli incarichi extragiudiziari...», op. cit., páginas LXIV-LXVI.

con las exigencias funcionales de un sistema demoliberal (por ejemplo, diferenciando los papeles y competencias de aquellos que desarrollan funciones que son al mismo tiempo de fiscal y policía respecto de quien juzga; redefiniendo o derogando el principio de la obligatoriedad de la acción para dotar a la misma de transparencia y para reconducir con esto mismo importantísimas opciones de política criminal al ámbito del proceso democrático; eliminando las confusiones entre judicial, legislativo y ejecutivo; mejorando las garantías sobre cualificación profesional y personal de fiscales y jueces a lo largo de todo el arco de su longeva vida laboral).

Cuanto queda dicho en este párrafo debiera permitir entender también cómo han tenido éxito, por el contrario, muchas iniciativas de innovación que son también y principalmente de interés corporativo, como aquellas sobre promociones que tuvieron lugar entre 1963 y 1979, aquellas que permiten a los magistrados ser omnipresentes en el sistema político, aquellas que afectan a sus retribuciones (y, al respecto, es necesario recordar un ulterior y efficacísimo instrumento de presión utilizado por nuestra magistratura, instrumento que la ha llevado en pocos años a obtener las retribuciones más elevadas en muy larga medida del empleo público: el uso directo de las sentencias para fines corporativos, para constreñir al Parlamento, pues, a legislar en el sentido deseado) (52).

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque muy sumariamente —y, por cierto, recurriendo a una descripción simplificada de los estudios que hemos llevado a cabo—, creemos haber suministrado los principales elementos en defensa de la hipótesis de la que habíamos partido. Esto es, que el recurso al voto popular sobre un tema tan particular y limitado como el de la responsabilidad civil de los magistrados y el amplio éxito electoral obtenido por esta iniciativa podía tener explicación, en particular para el lector extranjero, sólo teniendo presentes aquellos aspectos de nuestro sistema judicial que hemos descrito sucintamente, y, por tanto: *a)* las muchas causas de la difundida insatisfacción popular en su relación con la administración de justicia; *b)* los poderes del todo excepcionales que se han concentrado en manos de nuestra magistratura (en el sector penal, por la amplitud del autogobierno, por la influyente presencia en centros de poder externos al poder judicial); *c)* las recurrentes y agudas tensiones entre

---

(52) Véase cuanto se ha dicho *supra* en el párrafo 2 y en la nota 28.

el subsistema judicial y otros componentes del sistema político (53); d) las insuperables dificultades que se interponen a las iniciativas legislativas que remueven las causas de fondo de aquellas disfunciones.

Naturalmente, una intervención tan limitada como la derogación de la vieja normativa sobre responsabilidad civil de los magistrados y una eventual ley nueva, aunque muy rigurosa, materialmente innovadora, bien poca eficacia podía tener respecto de las características y dimensiones de la crisis de la justicia. De esto, por cierto, eran bien conscientes los promotores del referéndum, que, en efecto, habían presentado significativa y ambiciosamente su iniciativa como dirigida a promover «una justicia justa». Que el objetivo reformador fuera mucho más amplio que aquel propuesto por el referéndum era también muy evidente para los partidos que habían criticado aquella iniciativa (como la Democracia Cristiana), para los partidos que inicialmente la habían condenado duramente (como el PCI) y para el gobierno.

Los proponentes del referéndum, tanto al recoger las firmas como en el larguísimo intervalo entre esa fase y el voto (54), han puesto más el acento sobre el sustantivo «responsabilidad» que sobre el adjetivo «civil». Han basado la mayor parte de su campaña —sobre todo los radicales— en sacar a la luz pública los casos judiciales en los que más clamorosas habían sido las violaciones de los derechos de libertad del ciudadano por parte de la magistratura y, en particular, por parte de la instructora. Al hacer de dominio público estos casos —algunos famosos, otros menos conocidos (55)— subraya-

---

(53) El fenómeno es, en realidad, más amplio de lo que resulta en este artículo. Hemos indicado las tensiones entre subsistema judicial y administraciones locales, ministro, presidente del Consejo de Ministros, presidente de la República, abogados. La lista es larga para ser completa. Hemos, por ejemplo, dejado aparte otros dos tipos de tensiones recurrentes y extendidas: aquellas de gran resonancia con los periodistas (que resultan encarcelados cada dos por tres por violación del secreto sumarial y/o porque no revelan las fuentes de las informaciones publicadas); y aquellas menos visibles, pero de gran relieve bajo el perfil funcional, con los secretarios y otros cuerpos burocráticos de la administración de justicia (como los directores de prisiones).

(54) De marzo de 1986 a noviembre de 1987.

(55) Entre aquellos más conocidos, el caso del famoso presentador de televisión, Enzo Tortora, arrestado en junio de 1983 con gran clamor y publicidad (a despecho del secreto sumarial, la prensa y la televisión habían sido advertidas con antelación y se encontraban ya en el lugar donde tuvo lugar el arresto). La acusación promovida por parte de la magistratura napolitana fue la de tráfico de estupefacientes y asociación para delinquir de carácter mafioso. Fue retenido en prisión preventiva hasta el día de su elección al Parlamento Europeo en las listas del Partido Radical (junio 1984). Posteriormente fue condenado por el Tribunal de Nápoles y volvió voluntariamente a la cárcel tras dimitir espontáneamente del Parlamento Europeo. Fue finalmente absuelto por la Corte de Apelación de Nápoles en septiembre de 1986 con una sentencia en que



ban lo desastrosas e irreparables que habían sido para el ciudadano inocente y también para su familia las implicaciones de un sistema penal en que se permitía que el magistrado instructor, por sus tendencias naturales, por sus inclinaciones o conexiones políticas, por deseo de fama, por escasa profesionalidad o cualquier otra razón, pudiera determinar —sin tener después que responder por ello en forma alguna o incluso recibiendo gratificaciones— largas privaciones de libertad personal. Cómo en tales ocasiones al ciudadano le estaba, durante mucho tiempo incluso, vedado el conocer con exactitud el porqué de sus padecimientos y, por tanto, el poderse defender eficazmente. El mensaje que se transmitía con estas descripciones era «puede sucederte también a ti», e iba mucho más allá de la cuestión limitada de la responsabilidad civil. Con aquel mensaje se venía a apelar y movilizar los temores y los miedos de los ciudadanos en su relación con el completo orden judicial y con una magistratura que —según los sondeos de opinión— ya gozaba, por muchos motivos, de escasa confianza (56).

De la amplitud de las aspiraciones de reforma que habían motivado a los partidos promotores del referéndum eran bien conscientes también los otros partidos. Lo atestigua entre otras razones la tentativa llevada a cabo desde el interior de los partidos de la coalición de gobierno para evitar el referéndum. La negociación entre aquellos que lo habían promovido (PSI y PLI) y aquellos que lo habían lamentado o desaprobado (PSDI, PRI, DC) no se limitó nunca —lo que, por el contrario, hubiera sido suficiente— a la definición de una nueva disciplina legislativa de la sola responsabilidad civil (57). Justamente, la amplitud y lo incisivo de las reformas, dirigidas a corregir muchas de las disfunciones de las que hemos hablado en este artículo, se convertían, por el contrario, en aquella negociación, en el presupuesto, la precondición para alcanzar un acuerdo también sobre la nueva regulación de la responsabilidad civil. Los propios diseños de leyes después formulados por el gobierno en el vano intento de evitar el referéndum no se limitaban sólo a

---

se reconocía la absoluta insubsistencia de las acusaciones que contra él habían sido promovidas.

Entre los casos menos conocidos que se han señalado en el curso de la campaña del referéndum por el entonces secretario del Partido Radical, Giovanni Negri, está aquel de una mujer joven encarcelada bajo acusación de concurso con su marido para cometer un grave delito y puesta en libertad varios meses después, una vez que se constató que no sólo no estaba casada con el autor del delito, «ma che era in effetti addirittura nubile».

(56) Véase *supra*, nota 37.

(57) Está previsto que el referéndum no tenga lugar una vez que el Parlamento modifique de modo sustancial, con una nueva ley, aquellas normas respecto de las cuales estuviera pendiente un «referéndum abrogativo».

disciplinar de forma distinta la responsabilidad civil de los magistrados. Las normas propuestas afectaban, aunque de modo tímido y parcial, a algunos de los aspectos disfuncionales de nuestro sistema judicial, de los cuales nos hemos ocupado en este artículo: entre otros, se proponían nuevas normas para mejor garantía de la libertad de los ciudadanos en el ámbito del proceso, para favorecer la asistencia legal de los menos pudientes, para prohibir algunos cometidos extrajudiciales, para crear algunas distinciones parciales entre los papeles de juzgador y fiscal, para distinguir las funciones de juzgar de aquellas instructoras en el nivel de la *pretura*.

La selección de lo prioritario que un breve artículo sobre cuestiones complejas siempre impone no nos ha permitido tratar diversos aspectos del acontecimiento referendario sobre los cuales hemos realizado y estamos realizando estudios en profundidad. Poco o nada hemos podido decir, por ejemplo, sobre la actitud y comportamientos de los partidos, de la magistratura, de la prensa, del cuerpo electoral (58). En conclusiones queremos de todas formas hacer mención de dos cuestiones conectadas al referéndum y al «posreferéndum» que parecen de particular interés, pero sobre las cuales sólo será posible hacer valoraciones significativas en un futuro.

La primera se refiere al Partido Comunista, que, después de haber condenado largamente la iniciativa referendaria como un peligroso intento de intimidar a la magistratura y de deslegitimar su papel a los ojos de los ciudadanos, pocos meses antes de la votación decidió, originando gran desconcierto y resentimiento entre los magistrados, sugerir a sus electores apoyar con su voto la propuesta a referéndum. Más allá de las justificaciones formales, poco creíbles y poco creídas de tal cambio de rumbo, ¿puede tomarse esto como señal de cambio en aquella orientación del PCI en materia de administración de justicia de la que hicimos descripción en el párrafo precedente? Más en concreto: ¿en qué medida tal giro está inspirado por la oportunidad de no encontrarse una vez más entre los perdedores en un referéndum popular tras el doloroso descalabro de dos años antes, en aquél sobre la escala móvil? ¿En qué medida esa decisión ha sido inspirada por la conveniencia de presentarse, tras el referéndum, como vencedor en la mesa de negociación para la elaboración de la nueva ley sobre la responsabilidad civil y, más en general, para poder mejor controlar, cual autorizados representantes de las expectativas de los ciudadanos que hubieran votado sí, los impulsos renovadores que se manifestaron en el curso de la campaña del referéndum? ¿En qué medida ese giro en la orientación respondía asimismo a las dificult-

---

(58) Sobre todos estos aspectos hemos realizado ya amplios análisis en nuestro Centro di Studi e Ricerche sull'Ordinamento Giudiziario.

tades que la línea tradicional de casi total apoyo a las posiciones, incluso políticas, de la magistratura encontraba ahora en el interior del Partido Comunista, especialmente entre los administradores locales y los abogados? (59).

La segunda y última cuestión se refiere a la eficacia renovadora de la iniciativa de referéndum. Ciertamente ha provocado un debate sin precedentes sobre las disfunciones de nuestra administración de justicia. Pero ¿será esto suficiente para estimular reformas que corrijan al menos en parte las muchas disfunciones que han sido denunciadas? El texto de la nueva ley sobre responsabilidad civil de la magistratura puede ser por muchas razones aún más protector de los comportamientos de los magistrados de cuanto era la ley vieja derogada por el referéndum. ¿Es esto prueba de que no mudando los mecanismos de influencia sobre el proceso legislativo todo permanece, después de tanto ruido, como antes? O bien, ¿se dará pie, aunque limitadamente, a indicaciones de tipo diverso y sobre cuyos desarrollos es difícil pronunciarse ahora, como las procedentes tanto de la notable aceleración de los trabajos para la preparación de un nuevo código procesal penal como del emerger de nuevas orientaciones jurisprudenciales, que juntas van, al menos en parte, en la dirección de una mayor protección de los derechos de los ciudadanos en el ámbito del proceso penal?

[Traducción de M.<sup>a</sup> ANGELES AHUMADA]

(59) Desde hace ya algunos años nuestras entrevistas con abogados y administradores locales comunistas ponen de manifiesto un creciente malhumor respecto a las políticas de su partido en materia de justicia, consideradas demasiado desequilibradas en favor del actual orden judicial, en apoyo de los actuales poderes de los magistrados instructores y en apoyo de los intereses corporativos de la magistratura. En particular, los administradores locales afectados, en su opinión injustamente, por iniciativas judiciales en relación con la actividad llevada a cabo en el gobierno local, han expresado muchas veces su desacuerdo con las políticas del propio partido de forma tajante. No se contentan ya con que el partido se solidarice con ellos o trate de resolver informal y particularmente su caso. Consideran que es necesario que el partido vaya a la raíz del problema con iniciativas de reforma suficientes para descargar a las administraciones locales de las pesadillas de la penalización, de imprevisibles y por eso temidas iniciativas judiciales. Tal actitud, manifestada de distintas formas y bien patente en las palabras de uno de ellos, que ha dicho: «Nuestro partido está convencido de que a nosotros nos conviene aceptar de cualquier modo, sin protestas, incluso las iniciativas judiciales que recaen injustamente sobre nosotros, administradores locales. Esto porque consideran que el mantenimiento de los enormes poderes discrecionales de iniciativa penal del pretor, del fiscal y del juez instructor en la actualidad juegan sobre todo en desventaja de PSI y de la DC. Admitiendo incluso que esto sea verdad, la cosa no es de ninguna forma aceptable para nosotros, visto que quienes después van a *andare in galera* somos nosotros y no...» (en este punto el entrevistado señaló el nombre de aquél que en su opinión era el principal responsable de las políticas del PCI en materia de justicia).