

CAPÍTULO SEXTO

EL ARDUO TRABAJO DEL TERCER PODER EN LA EXPERIENCIA DEL "RESURGIMIENTO" Y DEL PREFASCISMO

La soberanía efectiva, en el ámbito del poder judicial, aparece en los planos histórico y lógico como la premisa y condición de toda ulterior y eficaz división de poderes. La división de poderes no es más que un modo de asegurar el reinado de la ley. Por ello, es necesaria la imparcial interpretación del principio general y abstracto de la ley, para aplicarla al comando específico y concreto. Si el juez no es soberano en su función, la existencia de la ley se reduce a un mero engaño. La norma preconstituida en realidad ya no existe. Sólo existe un mandamiento que el poder político adecua a su cambiante conveniencia, caso por caso. Sólo cuando la norma es aplicada (es decir, reducida a lo concreto) por un juez independiente, los mismos órganos del Estado, tanto el ejecutivo como el legislativo, son forzados también a respetar la norma, que pueden modificar con los procedimientos debidos, pero no deformar o evitar autoritariamente en el caso su aplicación. Es en este punto, y no antes, en donde el súbdito se transforma en ciudadano. Y es en este punto, y no antes, que las competencias y los poderes de los diferentes órganos constitucionales adquieren consistencia.

En las constituciones continentales europeas de derivación francesa se ha rendido siempre un homenaje, más o menos substancial, pero no del todo convencido ni carente de reservas, a la independencia del poder judicial. Los jueces, en teoría, no podían ser independientes en el principado absolutista, aunque lo eran en la realidad algunas veces, no lo eran más de los de algunos de ciertas "democracias". Es verdad que la revolución francesa, al reivindicar los derechos del hombre, subrayar el valor de la persona humana, oponer al poder y a la historia los muros del derecho natural, ponía en primer plano la exigencia de la soberanía de la justicia, como está probado por el primer texto constitucional de la Francia revolucionaria.

Sin embargo, las constituciones francesas y, en consecuencia, las de la Europa continental que sufrieron su influencia, jamás lograron crear

un mecanismo verdadero de división de poderes. Las libertades francesas se definieron por un cambio total del titular del poder, en la sustitución del príncipe por las asambleas. Sin embargo, permanecieron el antiguo centralismo y parte del antiguo absolutismo. La fuente de la justicia quedó más o menos en el príncipe, aunque ya éste se había transformado en asamblea. Y el nuevo, a menudo, era menos ecuánime que el antiguo.

La soberanía efectiva de los jueces sólo puede florecer en una atmósfera de equilibrio de poderes y, en consecuencia, de libertad organizada. Pero, en donde prevalecen sistemas de seudolibertad, fundados esencialmente sobre la debilidad del poder, el juez encuentra insuficiente su defensa y, por ende, da a su vez una defensa insuficiente.

Me he referido ya, en su momento, a las garantías judiciales contenidas en el Estatuto Albertino y a las circunstancias históricas que no permitieron el desarrollo y, ni siquiera, la consolidación de aquellas garantías. La triste historia del ordenamiento judicial italiano desde la unificación hasta el fascismo, da una idea clara sobre la fragilidad de la experiencia liberal del "resurgimiento" y de su pobre contenido garantista. Permítaseme retomar este planteamiento de vital importancia.

Si bien, hasta 1848 el reino de Cerdeña era un Estado absoluto en donde no se podía hablar de garantías judiciales, existían aún tradiciones judiciales de alta dignidad. Los jueces eran nombrados y revocados por el rey, pero no existía carrera. El juez era nombrado directamente en el cargo judicial, fuera alto o bajo. La falta de la carrera, sumada al hecho de que los jueces eran habitualmente seleccionados en ambiente de gran moralidad y dignidad, explica el decoroso y firme comportamiento asumido, en muchos casos, por la magistratura piamontesa, la que en sus mejores momentos condicionó al absolutismo real, más de lo que posteriormente la magistratura italiana pudo condicionar al absolutismo parlamentario. Los *senados*, creados en sustitución de los antiguos parlamentarios medievales, también con atribuciones políticas y administrativas, ejercerían de vez en cuando con mucho vigor el instituto del "interinato" (*iterata cognitio*), es decir, el cargo de publicar las leyes y los decretos. Lo que se había transformado en un verdadero control de las leyes y de los decretos, desde el punto de vista sustancial y de utilidad pública, con poder para suspender la publicación del acto, protestando ante el soberano que retiraba el acto u ordenaba su publicación (con análogo procedimiento al del "lecho de

justicia" del parlamento de París). Alguna vez el senado renovaba sus protestas, de ello se tienen ejemplos de rechazo hasta por seis veces.¹ Mediante este instituto era ejercido por la magistratura un embrional, pero eficaz control preventivo de constitucionalidad que, paradójicamente, en vez de desarrollarse, se perdió precisamente con la emanación del Estatuto Albertino. La segunda parte del artículo 82 del Estatuto (disposiciones transitorias) abolía el interinato y los registros de los magistrados.

El instituto era, sin duda, anticuado y podía significar un control sobre el poder legislativo por parte de los magistrados, no del todo liberados de la dependencia real. Por otra parte, en el proyecto de texto del Estatuto podía también parecer superfluo, ya que en ese tiempo el legislativo no se expresaba sólo a través de la voluntad real sino a través del voto de las dos cámaras y de la sanción real. La inmediata evolución interpretativa del Estatuto eliminó, sin embargo, aquel equilibrio interno del poder legislativo, virtualmente absorbido todo por la cámara de diputados y por el gobierno, fundidos en una sola entidad por la práctica seudoparlamentaria. Precisamente en el momento en que el reino recibía una constitución escrita, un control constitucional hubiera llegado a ser tanto más oportuno y racional que el antiguo esbozo de control: el "interinato", que en vez de plasmarse en nuevas formas para adecuarse a la nueva estructura del Estado, iba perdiéndose. Era imposible para los contemporáneos medir todo el significado de aquel hecho que a los ojos del historiador expresa en manera casi simbólica el surgiente absolutismo de la asamblea, tanto más incisivo y tanto más intolerante que el antiguo absolutismo real.

En su lugar, hemos ya visto cuáles fueron las garantías contenidas en el Estatuto en favor de la independencia de la justicia. Es interesante observar que ninguna de estas garantías, en el curso del largo experimento liberal, logró reforzarse y que, por el contrario, en varios y esenciales aspectos, fueron corroídas y limitadas.² La característica del sistema político que venía surgiendo, ya lo vimos, era al mismo tiempo la concentración del poder y su debilidad. La cámara omnipotente, expresaba con gran fatiga una mayoría. La mayoría, en realidad, era construida mediante manipulaciones por el primer ministro. El poder del gobierno, precario e inestable, descansaba todo sobre aquella precaria e inestable mayoría, al menos hasta que no encontrara apoyos fuera del parlamento, es decir, en la prerrogativa real o en la calle, o en ambas. Un sistema político tan débil estaba llamado a desempeñar las pesadísimas y formidables tareas de la revolución nacional, de la unificación, de la organización del país unificado. Era inevitable que se

cediera a la idea de sustituir la ineficacia y debilidad institucionalizada, ya fuese del parlamento o del gobierno, con la discrecionalidad y la arbitrariedad; que llegaban a ser más necesarias cuando las manipulaciones electorales y parlamentarias adquirirían un peso decisivo como instrumento de conservación y perpetuación del régimen. Ésta era, en substancia, la idea de la dictadura. De aquella dictadura que fue primero liberal y luego fascista, a causa, precisamente, de la creciente debilidad interna del sistema. Únicamente poderes bien definidos, fuertes, dotados de un centro de gravedad seguro pueden no sólo soportar sino utilizar mejor las garantías jurídicas. En el sistema italiano había poco espacio para las garantías, y menos aún, porque el sistema se corrompía y debilitaba. Rattazzi fue ya mucho menos garantista que Cavour y Siccardi.

La instancia garantista fue poco advertida por los "consortes" de la derecha "histórica". Pero lo fue mucho menos, mejor dicho, casi no fue advertida después de ellos por los hombres de la izquierda,³ salvo excepciones tales como la honorabilísima, de Zanardelli. Fueron necesarios los dramáticos conflictos de finales de siglo para que los liberales de izquierda y la extrema izquierda intuyeron en un primer momento el valor de las garantías para luego olvidarlas, una vez amainada la tempestad e iniciada la era del transformismo giolittiano.⁴

La dinámica misma de los poderes no era de tal naturaleza como para incitar el desarrollo de las garantías judiciales. No había una antítesis parlamento-gobierno que indujera al parlamento a buscar su defensa en las garantías judiciales. No había ni siquiera una clara antítesis mayoría-minoría que indujera a una oposición estable y organizada a buscar en las garantías judiciales el espacio vital para desarrollar su batalla política, ante la presencia de una alternativa de gobierno. Para el parlamento-gobierno, las garantías judiciales eran sólo un estorbo, y a la oposición le interesaban más los tratos y los pactos, para participar lo más posible en la repartición de la teoría gubernamental. El artículo 69 del Estatuto había proclamado la inamovilidad de los jueces después de tres años de ejercicio, exceptuando aquellos que lo eran por mandamiento. La progresiva ampliación de la competencia de los jueces por mandamiento estaba destinada a aumentar el peso de la excepción, y el concepto de inamovilidad estaba destinado a ser, en gran medida, eludido mediante una interpretación restrictiva (inamovilidad del trabajo, pero no de la sede). El artículo 70 reservaba a la ley la organización judicial, pero muy pronto los magistrados serían obligados a obedecer, además de las leyes, también los reglamentos emanados por el ejecutivo. Hasta el vital principio del juez preconstituido, será, en

ciertos momentos, dañado ampliamente con el recurso del estado de sitio y de cortes marciales. En fin, podía presumirse que una legislación liberal ampliase el principio de la notoriedad pública hasta comprender dentro de él, también, a todas las actuaciones que preceden a la discusión. Pero en lugar de eso, sabemos la gran resistencia que manifestaba, y manifiesta todavía, el secreto de los expedientes. Hemos visto ya cómo la atribución de todo el poder legislativo a las dos cámaras y al rey, con el principio consecuente de (artículo 73) la interpretación obligatoria de la ley para todos, al ser competencia sólo del poder legislativo, hubiese significado el fin del instituto del interinato. Por otra parte, la escasa independencia de los magistrados, unida a la tradición del derecho escrito, no permitía al juez italiano adquirir, con una amplitud autorizada de opinión, aunque fuese a través de la decisión del caso individual, una influencia sobre la vida del derecho, ni siquiera lejanamente comparable a la adquirida por la justicia inglesa o por la justicia federal estadounidense. Casi ningún control y casi ningún límite estaba destinado a encontrar la cámara de diputados, por parte de las autoridades judiciales, mientras se vaciaban los límites y los controles políticos que el Estatuto había asignado al otro ramo del parlamento y al rey.

A ello se agrega que las garantías estatutarias se referían a la magistratura juzgante y no a aquella que las requería. Y que el trabajo del ministerio público se seguía considerando bajo la dependencia directa del ministro guardasellos. Aquella dependencia era el instrumento mediante el cual el gobierno podía mover o detener la acusación pública y tener bajo estricta vigilancia a la magistratura juzgadora.

Ya con motivo de la verificación de los poderes de la primera legislatura había surgido una cuestión significativa: si el cumplimiento del trienio requerido para la inamovilidad de los jueces debería entenderse desde el nombramiento o desde la promulgación del Estatuto. Se quería, por una parte de la cámara, dejar abierta la puerta para la eliminación de los jueces del viejo régimen, lo cual crearía un gravísimo precedente. Cavour fue casi el único que defendió, pero en vano, la interpretación jurídicamente correcta, o sea, la liberal. Al final, no se dio la depuración, pero sólo porque la extrema escasez del personal judicial la hacía imposible.

La ley Siccardi de 19 de mayo de 1851, dejando para un momento sucesivo la disciplina del ministerio público, preveía entre tanto con espíritu más o menos liberal, la aplicación de la inamovilidad de los jueces en los cargos y en la sede.⁵ La materia disciplinaria era regulada minuciosamente. Los poderes disciplinarios del ministro quedaban limitados

a la vigilancia, la iniciativa de los procedimientos a través del ministerio público, y la firma de los decretos. Los juicios disciplinarios se confiaban a la misma magistratura ordinaria, según las reglas precisas. La decisión relativa a la remoción y a la dispensa del servicio o a la transferencia sin consentimiento del interesado —en las precisas hipótesis previstas— era atribuida al tribunal de casación.⁶ Sin embargo, quedaba excluida la intervención de los defensores en el proceso disciplinario.⁷ Además, la tradicional dependencia del ministerio público respecto del ministro daba al ejecutivo una considerable influencia sobre la justicia, ya sea a través del control unilateral ejercido por aquella oficina sobre los jueces, o bien a través de los significativos poderes de aquella oficina ejercidos para promover o no promover, o dirigir en un modo determinado los procedimientos secretos, incidiendo más, tal vez de manera grave e irreparable en la esfera de la libertad individual. Gran importancia debería asumir, entonces, la anunciada nueva disciplina legislativa del ministerio público.

Pero la ley Siccardi tuvo una vida breve. La franca inspiración liberal del gobierno de D'Azeglio había sido, en cierta medida, oscurecida por la pléyade política y también por urgencias objetivas. Sin duda, Urbano Rattazzi, con sus argumentos demagógicos estaba muy lejos de la concepción del *fair play* político de D'Azeglio, así como de la profunda y consciente admiración de Cavour por las instituciones inglesas. Además, la situación italiana obligaba a tomar soluciones en gran medida revolucionarias, aunque controladas por la mano firme del gobierno piamontés. Urbano Rattazzi había elaborado, desde hacía tiempo, un proyecto orgánico de reforma de la justicia, de quitar a los jueces aquel residuo de independencia que se les había concedido para convertirlos en subordinados y colaboradores dóciles del ejecutivo. El proyecto Rattazzi, presentado nuevamente con alguna enmienda y atenuación en 1856 por el guardasellos De Foresta, encontró una débil oposición en los departamentos de la cámara. Dos departamentos solamente tomaron partido por el mantenimiento de la ley Siccardi; los otros tres se contentaron con proponer ligeras atenuaciones. En tanto, había estallado la guerra de 1859 y el gobierno había sido investido, por la cámara, de plenos poderes. En virtud, precisamente, de los plenos poderes fue emanado, con muy discutible constitucionalidad, el decreto legislativo Rattazzi de 13 de noviembre de 1859 que contenía el nuevo ordenamiento judicial. En aquel momento el reino de Cerdeña con las

anexiones,⁸ antes que la Lombardía pero después de la Italia central y meridional, se preparaba para extenderse hasta abarcar, durante poco menos de tres años, la casi totalidad del territorio italiano. De esta manera, aquel decreto antiliberal, impuesto por sorpresa y con escasa lealtad hacia el reino de Piamonte, estaba destinado a convertirse, por derecho de anexión, en el estatuto de la justicia de la Italia liberada y unificada. Que el acontecimiento rápido de las conquistas y de las anexiones plebiscitarias, entre los años 59 y 61, pudieron requerir de una suspensión momentánea de las garantías liberales es comprensible. Grave es el hecho de que aquella suspensión fuera utilizada para dar a la Italia unificada su nuevo ordenamiento judicial, un ordenamiento impuesto por el poder ejecutivo y completamente orientado a subordinar la justicia al ejecutivo. El régimen de los plenos poderes configuraba así la constitución efectiva del reino en uno de sus más calificados aspectos: la relación entre el ejecutivo y el judicial.

En tanto que la ley Siccardi había iniciado un proceso de substancial liberación, al hacer de la magistratura un poder autónomo en gran medida (aunque estuviese en las redes de un ordenamiento jerárquico que encabezaba el tribunal de casación y en una posición de inferioridad ante la acusación pública, que dependía del ministerio), el decreto Rattazzi encerraba a la magistratura juzgante en las redes de una triple dependencia: la dependencia jerárquica, la dependencia frente al ministerio público y la dependencia directa frente al ministro, quien en la práctica era el árbitro de las admisiones, de las promociones, de las transferencias y de las medidas disciplinarias.

En cuanto al ministerio público, éste permanecía en sustancia como una oficina del poder ejecutivo:⁹ "El ministerio público es el representante del poder ejecutivo ante la autoridad judicial y está colocado bajo la dirección del ministerio de la justicia." El ministerio público (y por su trámite, el ministro) debía vigilar la ejecución de las leyes, la rápida y regular administración de la justicia, la tutela de los derechos del Estado, de los entes morales y de las personas que no tuvieran la plena capacidad jurídica, promover el castigo de los delitos, perseguir a los enjuiciados y procurar la observación de las leyes de orden público. La posición dominante del ministerio público en la vida de la justicia, encontraba expresión solemne y casi simbólica en la relación del procurador general y del procurador del rey durante la primera audiencia del mes de junio de cada año en la asamblea general de la corte y del tribunal del que formaban parte, sobre la forma en que la justicia se administraba en toda la circunscripción.¹⁰ Además en cámara de consejo el procurador general o el procurador del rey debía hacer

notar los abusos cometidos, para así hacer las requisitorias "convenientes para el bien del servicio". Es decir, era cuando el ejecutivo, cada año, por boca del ministerio público, evaluaba el "servicio" y señalaba, públicamente, directivas, pero se reservaba iniciativas más importantes para la reunión de la cámara en consejo. De todo esto, quedan todavía huellas anacrónicas en el ordenamiento y en las prácticas actuales.

Debe hacerse notar que todos los funcionarios del ministerio público estaban sujetos a una rigurosa vigilancia por parte del ministerio, sea directamente o a través de la escala jerárquica.¹¹ Además, y por otra parte, la autoridad juzgante no podía "ejercer censura sobre los oficiales del ministerio público".¹²

La vieja cuestión de la inamovilidad era interpretada en sentido restringido (por no decir que abolía la garantía). De hecho era permitido que los magistrados, "por la utilidad del servicio", fuesen, en vía administrativa y sin su consentimiento, "cambiados de una corte o tribunal a otra corte o tribunal con paridad de grado y de retribución".¹³ El pobre magistrado que se obstinara en aplicar justicia imparcial en materia de grave perjuicio político, podía ya tener permanentemente hechas sus maletas para largas peregrinaciones por las entonces remotísimas provincias del reino, siempre y cuando no le tocara caer en cualquier juicio disciplinario promovido por algún incitador "oficial del ministerio público" ante el órgano investido de la jurisdicción disciplinaria. Tal órgano era, en verdad, el tribunal o la corte a la que pertenecía el magistrado, o en su defecto, los tribunales o cortes superiores. Pero el juicio secreto, sin intervención de defensores, ante magistrados sujetos —ellos mismos— a inevitable "cambio" de sede por el bien del servicio y ante las peligrosas iniciativas disciplinarias del ministerio público, constituía una triste parodia de justicia en daño de aquellos que debían ser educados para el culto severo de la justicia. Se agrega todavía que los magistrados eran posibles sujetos de remoción del grado o de la destitución en el caso de que no hubieren obedecido no sólo a las leyes sino también a los reglamentos, es decir, en abierto desprecio por la garantía estatutaria de la reserva de ley para la organización judicial. Si el ejecutivo, con un reglamento deformaba o violaba una ley, el magistrado estaba obligado, de esta manera, a hacerse cómplice de la deformación o de la violación.¹⁴

El decreto Rattazzi, no obstante las débiles y tardías enmiendas en sentido liberal, quedó en substancia como estatuto de la justicia italiana

hasta el constituyente. El fascismo no tuvo necesidad de "mejorar" en manera sustancial el ordenamiento de justicia; le bastó eliminar alguna enmienda y corregir alguna atenuación de las prácticas. Porque aquel decreto, a causa de la inaplicabilidad constitucional, proyecta su sombra absolutista en cierta medida todavía sobre la vida presente de la justicia italiana; recomendando su lectura atenta y completa a quien quiera verdaderamente comprender la naturaleza profunda del régimen liberal prefascista, minado, como se ha visto en el curso de este trabajo, por una profunda y ruinosa contradicción entre los principios y las instituciones. Pienso que, de cualquier manera, serán suficientes estas referencias para dar una idea clara: cuando en un sistema de garantías es practicada una falta, cuando las garantías no se apoyan unas a otras en un círculo sin solución de continuidad, su valor llega a ser incierto. Y aquí no se trataba de una falta, se trataba de la destrucción de la garantía máxima: la garantía judicial. El régimen podía permanecer liberal (y lo hizo ampliamente) en los propósitos y hasta cierto punto en la práctica, pero, era ya, un régimen absoluto en las instituciones. Aunque ese absolutismo tendía a hacer jefe no a un rey, no a un ministro, no a una conciencia humana, sino a la irresponsabilidad organizada de una asamblea.

Las actuaciones parlamentarias, a todo lo largo del arco del tiempo que comprende desde el decreto de Rattazzi hasta la caída del régimen liberal, proporcionan continuas pruebas de una profunda insatisfacción y disgusto por el modo en el que era realizada la función judicial, así como por las condiciones en que debían trabajar los jueces, mal reclutados, mal pagados, carentes de garantías sustanciales, obligados por la necesidad de la carrera al conformismo más liso y al formalismo más anodino. Y nótese que en un país atormentado por profundos y dramáticos conflictos históricos, al que pronto se agregaron los no menos profundos y dramáticos conflictos sociales, la aplicación firme e imparcial de la ley requería, con frecuencia, gran coraje e ilimitada disposición al sacrificio. Los tiempos de la guerra en el sur (pasados a la historia bajo el nombre de represión al bandalismo) habían apenas concluido cuando ya se abría la época de los conflictos sociales de finales de siglo, agravados por el pánico y la desbandada de un poder político inestable y al que amenazaba la ruina.

Giolitti dirigía el país hacia una cierta paz social y restablecía alguna coherencia política, pero a cambio de violencias y corrupciones electorales que una magistratura independiente no hubiera podido tolerar jamás.

Se abría después la era funesta de la anarquía posbélica y la guerrilla

feroz entre socialcomunistas y fascistas. Existían, además, antiguos y terribles problemas locales, como aquellos que se manifestaban en las gestas de la *maffia* y de la *camorra* y a veces en choques con las autoridades políticas.¹⁵

Sin autoridad social, sin garantías jurídicas, oprimidos y no sostenidos por los gobiernos, mortificados por una inexorable insuficiencia económica, los jueces italianos tuvieron que ser casi héroes. En donde hay desorden y es débil y corrupto el sistema de gobierno, *ttuti i nodi ven-gono al pettine* (todos los nudos se descubren con el peine) cuando el hecho concreto es llevado ante el tribunal y el juez está colocado en la situación de sacrificarse para afirmar, tal vez sin eficacia y sin mañana, la majestad de la ley, solo contra todo el orden constituido, o también en la condición de traicionar a la ley y a la humanidad, haciéndose cómplice del orden constituido por ser éste delictuoso.

Tenemos historias muy tristes de jueces que pagaron cara su honestidad. Esto forma parte de la deuda a cada magistrado. Pero no puedo decir que forme parte de la deuda a cada funcionario. Y los jueces italianos eran, en verdad, funcionarios y no magistrados. Sin embargo, funcionarios para quienes la irreductible naturaleza de la función les imponía responsabilidades de magistrados. Por otra parte, la naturaleza humana está hecha así y con frecuencia la enfrenta con coraje, casi sin pensar en los riesgos mortales, pero, se desanima en vez de enfrentar la certeza o sólo la probabilidad, de aquellas guerras de desgaste a las que con frecuencia queda expuesto quien cae de la gracia de los superiores. Los jueces que pagaban con la desgracia ciertamente eran muchos; sin embargo, también eran muchos —de los que encontramos huellas en los debates y en las mismas leyes— aquellos que buscaban el apoyo del abogado politicastro como defensor que el ordenamiento jurídico les negaba, con las consecuencias que es fácil deducir para la justicia.¹⁶ En fin, casi todos lacerados por el conflicto entre la profunda eficacia formativa y educativa, por el cotidiano contacto con el derecho, y la profunda eficacia antieducativa de la inseguridad jurídica, se extraviaban en los desgastantes conflictos internos de aquella serenidad de conciencia que constituye el fundamento psicológico, junto con la objetividad y la autoridad de la función.

Pero el lamento —mejor dicho el grito de dolor— que salía del interior del cuerpo judicial superior al sistema político y con frecuencia también al ambiente social, suscitaba un eco muy pobre y escaso por

parte del parlamento. Sorprende, y es extremadamente significativo, el hecho de que las tentativas de reforma tuvieran pocos orígenes parlamentarios, y de cualquier manera, encontraran tan escaso apoyo en el parlamento. Venían, si acaso, de hombres del gobierno como una reacción a su conciencia y quedaban presos en los angostos límites de la necesidad del poder.¹⁷ Diría que, la sordera del parlamento italiano frente a los problemas de la justicia, los problemas técnicos y los problemas morales, constituye la página más triste del sistema transformista. Es decir, de un sistema en el que la función de la oposición es todavía más traicionada que la función del gobierno. De un sistema en el que la oposición, en vista de su siempre esperada asociación con el gobierno no tiene ningún interés por demoler, verdaderamente, los instrumentos del subgobierno, porque su finalidad no es abatir ni substituir al gobierno después de haberlo obligado a estar dentro de los límites de la legalidad, sino formar parte de él después de haberlo chantajeado.

De esta manera, la experienciaseudoparlamentaria del "resurgimiento" gira hacia su epílogo sin que el problema de rescatar la libertad y la dignidad de los jueces sea enfrentado seriamente. Sólo en 1907 y en 1908, con dos leyes, debidas al guardasellos Orlando, se hace algún progreso apreciable, quedando siempre en los límites tradicionales de la jerarquía, de la carrera, de la injerencia ministerial y también de la sumisión completa ante la amenaza la acusación pública frente al poder político.¹⁸

La ley Orlando amplía la inamovilidad a los pretores, y refuerza en cierta medida la inamovilidad de la sede. La comisión consultiva instituida en 1880 por decreto, y sucesivamente modificada, casi siempre por decreto, se transformó en un consejo superior de la magistratura.¹⁹

Este consejo, por el hecho de derivar su existencia y sus atribuciones de la ley, está un poco menos expuesto al arbitrio gubernamental, en relación a la más modesta comisión consultiva de la que tuvo su origen. Un poco menos —pero no mucho menos— dada la completa confusión de los poderes ejecutivo y legislativo. Los miembros de la comisión consultiva, según las disposiciones del último decreto que la habían modificado en 1905,²⁰ eran, en parte, miembros de derecho y, en parte, miembros elegidos por los cinco tribunales de casación del reino. Sin embargo, entraban al nuevo consejo superior, además de los miembros de derecho y los elegidos, también los miembros nombrados por el consejo de ministros.²¹ El poder político, en el acto mismo en el que con una mano concedía, con la otra tomaba; y tal vez tomaba más de lo que hubiera concedido. Las funciones del consejo superior eran solamen-

te consultivas, siendo, sin embargo, muy extendidas en el plano consultivo y de estar vinculadas sus opiniones (dentro de ciertos límites), el consejo hubiera podido, también, en la realidad constituir alguna eficaz defensa, si hubiera sido la expresión de la universalidad del cuerpo judicial, y no hubiese sido, por cuanto a su constitución, una expresión jerárquico-ministerial. El consejo superior debía dar, entre otras cosas, su opinión sobre los famosos cambios de sede de los magistrados sin su consentimiento: antigua, sanguinaria y, todavía hoy, no sanada plaga de la justicia italiana; salvo, sin embargo, para aquellos magistrados que eran nombrados por deliberación del consejo de ministros es decir, los magistrados más altos, expuestos a un mayor arbitrio político.²²

Hay en el consejo superior un embrión de autogobierno de la magistratura y en este sentido es interesante el instituto. Pero, en lo que se refiere a la garantía concreta frente al poder político, contra el capricho más peligroso, aquel que se manifiesta contra las transferencias, estamos todavía muy atrasados respecto a la ley Siccardi que, al menos en esta materia, había atribuido a la casación el poder efectivo. Aparece más evidente todavía la voluntad de mantener la justicia bajo la opresión del poder político, si vemos las disposiciones de la ley Orlando en materia disciplinaria. La acción disciplinaria, en virtud de ser promovida por el ministerio público por orden del ministro de la justicia, confirma la posición dominante del ministro y la deformación del ministerio público como instrumento de la dominación política sobre la justicia. El juicio es confiado en primera instancia a los consejos disciplinarios adjuntos a los tribunales de apelación, compuestos por el primer presidente, el presidente decano de sesión y por dos consejeros elegidos por la asamblea general del tribunal de apelación. En caso de apelación por parte del ministerio público o del inculpado, el juicio definitivo es confiado a una suprema corte disciplinaria la que, sin embargo, está compuesta por siete magistrados y seis senadores, nombrados todos por decreto real previa deliberación del consejo de ministros sobre propuesta del ministro guardasellos: ningún integrante elegido, ningún integrante de la oficina.²³

Estaba instituida una fase preliminar instructora ante el ministerio público que podía agotarse con una declaración de no ha lugar o con la fijación del debate en la cámara de consejo o finalmente con la asistencia de un abogado.²⁴ Más restrictivas eran las normas del proceso disciplinario para los oficiales del ministerio público, y todavía menos liberal la estructura de los relativos consejos disciplinarios. Era muy importante la facultad discrecional de poner a disposición del ministerio

de justicia, previa deliberación del consejo de ministros, a los procuradores generales adjuntos a los tribunales de apelación, y que eran los jefes de la policía judicial del distrito.²⁵ De esta forma, el ministro tenía, bajo doble control, a la policía judicial, lo que condiciona, por la naturaleza de las cosas y en manera inmediata y determinante, a toda la justicia penal. No sólo el juez, sino el mismo funcionario del ministerio público viene a tomar posesión de aquellas noticias y pruebas que la actividad de la policía judicial, oportunamente orientada, le proporciona o no le proporciona. Según la orientación dada a la policía judicial, la justicia penal puede ser ciega y sorda, o también vigilante, o directamente persecutoria.²⁶

Sin duda, la inspiración del conjunto de la ley era menos indigna que la de un país civil; sin embargo, todo sumado, el progreso no era grande. El ministro Orlando, cándidamente decía que le bastaba la afirmación del principio que conducía a la tutela de la magistratura en el ámbito del parlamento, como si la interferencia parlamentaria en la justicia no fuera más peligrosa y fuente de mayores escándalos que interferencia directamente ministerial orientada, al menos, a la responsabilidad personal del ministro.

Sólo cuando ya el régimen estaba desintegrándose, un decreto legislativo del ministro Rodinò, aun quedándose en el ámbito de las concesiones tradicionales, aseguraba al menos un principio de independencia del consejo superior de la magistratura y también su limitada representación.²⁷ El nuevo consejo superior debía estar compuesto por diez magistrados de casación o sus equiparables, elegidos "por toda la magistratura" y por cuatro profesores ordinarios designados por la facultad de derecho de Roma (la más cercana al poder político); sin embargo, además, por cuatro magistrados y dos profesores nombrados por el gobierno a propuesta del guardasellos.²⁸ El poder político no renunciaba a tener a sus hombres en el supremo órgano consultivo, ni a tener amplia facilidad para influir sobre él, aun cuando renunciara a formarlo todo con sus hombres. Desde el punto de vista de la representación de la totalidad del orden judicial, en todo caso el decreto Rodinò era más honesto de la hoy vigente ley sobre el consejo superior de la magistratura.

Pero el Estado liberal agonizaba. Sólo bajo el empuje enérgico de la verdaderamente gloriosa asociación general de magistrados, fundada en 1909, el régimen había llegado a las modestas concesiones del decreto Rodinò: muy poco y muy tarde, para transformar el régimen seudo-parlamentario en un régimen parlamentario; para transformar el Estado paternalista en un Estado de derecho. Ya la palabra la tenía la violen-

cia. En el diario de la sociación de magistrados, *La magistratura*, de 24 de agosto de 1922, se leían también estas desconsoladoras palabras a las que queremos hoy, después de tantos y tales sucesos, atribuir un interés histórico:

Como en la época de la invasión de las fábricas, como ya durante el desencadenamiento de la campaña derrotista, así como durante el desenfreno de la violencia de los *fasci*, hoy como entonces la magistratura italiana ha cumplido su deber. Y, si su obra, con frecuencia, ha sido ineficaz si las responsabilidades más grandes de grupos comunistas y de la violencia fascista han escapado vez en vez a su castigo, no espera la culpa a la magistratura... Nada pudo hacer el juez cuando era muda, en las cambiantes condiciones de los tiempos, la palabra de la ley; o cuando no funcionaban por diferentes causas los necesarios órganos ejecutivos, y quedaban sin respuesta o con respuesta negativa las demandas de determinación de la responsabilidad de los culpables y se rompían por decenas, contra los oficios de vanas investigaciones, las órdenes de aprehensión de los instructores.

Dramático acto de acusación que, prescindiendo de las garantías insuficientes de la misma magistratura juzgante, pone en evidencia la vanalidad de su tarea, cuando ahí no hay independencia política de la acusación pública y control de la policía judicial. Es decir, cuando el ministerio público no sea un "oficial" o un "funcionario" sino que también sea, con título pleno y plena garantía, un magistrado; y cuando la policía judicial no esté a la disposición efectiva, directa, exclusiva, jerárquica, del magistrado independiente.

El fascismo heredó un ordenamiento judicial perfectamente adecuado a sus necesidades y a su línea. La construcción de las garantías judiciales se había desarrollado tan lentamente y de tan mala gana que, en el momento que se necesitó de las garantías, éstas aparecieron del todo inconsistentes. En donde haya una justicia autorizada, eficaz y libre, la importancia de todas las otras garantías constitucionales pasa a segundo plano. Pero, en donde una tal justicia no exista, libertad, constitución, democracia, sólo son engañosas palabras. Si hubiera habido en Italia un vasto cuerpo de jueces, garantizados en su independencia y orgullosos de ella, asistidos por un tradicional prestigio en la opinión pública y con la disponibilidad efectiva de la policía judicial, no hubiera sido posible ni la anarquía sanguinaria que ocurrió después

de la guerra, ni la reacción autoritaria. Expresiones diferentes y contrarias de la misma fragilidad de la ley. Pero, ni la demagogia suicida de 1919, ni el engaño autoritario de los años que siguieron, pudieron encontrar algún freno en una eficaz y firme aplicación de la ley. Ley que había sido aplicada en el pasado según la voluntad de Crispi y según la de Giolitti, de acuerdo con directivas políticas odiadas o líneas políticas racionales; pero no según la libre voluntad de los jueces. Era suficiente con que del vértice político viniese una línea política equivocada, para que la justicia desbandara, y con la justicia el país entero. A ello conduce la justicia concebida como instrumento de gobierno y no como límite al gobierno; precisamente el límite de una concreta legalidad. La justicia que no había podido castigar a los responsables de los escándalos financieros en la época crispina, que no había podido encarcelar a los "pertigueros" de Giolitti, no podía siquiera castigar, si el gobierno no lo quería, la violencia roja, y más tarde, a la fascista. No obstante, muchos jueces se expusieron valientemente, pero sólo para constatar su humillación y su impotencia como ocurrió en la dramática acusación publicada en la *Magistratura*. También sucedía lo mismo si osaban desafiar la "desgracia política" con todas sus consecuencias. No disponían de la policía judicial y la acusación pública estaba, en virtud de las leyes, a las órdenes del gobierno; fueron órdenes viles o, también, órdenes de persecución.

Elocuente y significativa fue la extrema modestia de las reformas que hizo al sistema judicial el gobierno fascista. Todos los sectores de la vida nacional se vieron afectados, pero no la justicia, que se adaptaba muy bien a las necesidades del régimen. Y no sólo fue conservado el ordenamiento, sino que también fue empleada aunque en menor escala la intimidación abierta o la presión. No era necesario. Mediante el dominio de la policía judicial, la materia de los jueces estaba previamente controlada por el poder político, y con frecuencia, sin que el ministro de justicia se diera cuenta, a través de interferencias del ministro de gobernación y de las prefecturas.²⁹ A los jueces llegaba sólo aquello que el poder político consideraba oportuno y en los términos que el poder político escogía. Para casos de particular relevancia política, y sólo más tarde, la justicia ordinaria era sustituida por un tribunal especial para la defensa del Estado, cuya actividad se limitaba todavía a pocos episodios. Ciertamente la presencia de una justicia ordinaria libre, no hubiera bastado para las necesidades represivas de un régimen autoritario. Estas necesidades eran cubiertas por las actividades de la policía, que la magistratura no podía controlar y a la que no podía castigar aunque sí era delictiva, a causa de la posición subordi-

nada al ministerio público y de la imposición de la autorización gubernamental para proceder (sólo recientemente fue eliminada —tenerlo presente— no por la ley, sino por una sentencia de la corte constitucional).

En un régimen de plenos poderes, el fascismo hubiera podido fácilmente transformar al entero sistema judicial. Lo superficial de las reformas es una acusación contra el régimen liberal que lo había precedido. El 24 de marzo de 1923 fue publicado el decreto Oviglio que, acogiendo votos insistentes de la doctrina, abolía las casaciones regionales, substituyéndolas con una casación única. Los magistrados y los estudiosos que habían promovido esa reforma por motivos doctrinarios muy serios aunque discutibles, no pensaban ciertamente ofrecer así al gobierno autoritario la ocasión y la justificación para centralizar el vértice judicial que, sin lugar a dudas, facilitaba también el control político sobre el mismo y, a través de éste el del entero cuerpo judicial.

El 30 de diciembre de 1923, se publicaba el decreto real que contenía el texto único del ordenamiento judicial,³⁰ que en substancia es, todavía, el ordenamiento de Rattazzi, depurado con algunas mejoras introducidas por Orlando y por Rodinò. La innovación más significativa, tal vez la única de verdadero relieve, es la modificación de la estructura del consejo superior, reducida a cinco miembros, todos ellos por designación gubernamental.³¹ El fascismo no había tenido necesidad de gran inventiva para obtener un ordenamiento judicial de su entera satisfacción. Y por otra parte, también la línea formalista de la justicia italiana, con su culto ciego por la norma positiva, característica de cualquier jurisprudencia de funcionarios, había impedido que se formaran en la vida judicial aquellas tradiciones de amplia interpretación, de crítica normativa sin prejuicios de constante conducción del derecho a la tradición, a la conciencia y a la justicia; que hacen, en cambio, tan penetrante, estabilizadora y refractaria al capricho político y legislativo, la jurisprudencia del juez inglés.

¹ E. Piola Caselli, *La Magistratura*, Torino, U.T.E.T., 1907, p. 48.

² Sobre este punto véase la obra elaborada y rica en documentación de D'Addio, Mario, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano, Giuffré, 1966; y el reciente estudio de P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana, dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffré, 1967.

³ Podía entonces decir con razón Silvio Spaventa en su memorable discurso en la asociación constitucional de Bergamo (*La giustizia nell'amministrazione*, Torino, Einaudi, 1949, p. 62) que en dieciséis años de gobierno, era muy posible que los liberales hubieran abusado de su poder; pero, decía "hemos tenido que construir Estado en medio de innumerables enemigos, obstinadamente fuera del orden constitucional y de los principios de nuestra vida nacional: borbónicos, clericales, austriacantes, granduquistas y similares ¿por qué causa sorpresa que nuestra administración haya sido injusta siempre, no siempre imparcial, no siempre ecuaníme hacia los individuos o hacia los partidos que tenían como fin impedir y combatir la obra que nosotros debíamos cumplir?" Y emprendía aquella vigorosa denuncia de los caprichos específicos cometidos por la izquierda en el poder, que justamente hizo famosa, como un perfecto *cahier de doléances* su invocación a la justicia de la administración.

⁴ Sobre este punto, todos los autores están de acuerdo: F. S. Merlino, *Questa è l'Italia*, Milano, Cooper, del libro popolare, 1953 (texto original en lengua francesa del libro *L'Italie telle qu'elle est*, Paris, 1890), dedica un capítulo entero al tema y, entre otras cosas, dice: "Cualquier ocasión es buena para que el procurador del rey o el pretor tome la palabra de orden de la autoridad política... el ministro tiene facultades ya sea para recompensar a un magistrado dócil con una promoción, ya sea para castigar a un recalcitrante, olvidándolo, o, peor, quitándole competencias y compensaciones". Mosca expresaba una opinión análoga: "...Eso que es frecuente, y diremos casi sistemático, es la influencia que todos los magistrados, exceptuando a muy pocos, resienten por parte del poder ejecutivo y en general por obra de todos los personajes políticos importantes." (G. Mosca, *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, Milano, Giuffré, 1958, p. 248). Y después del intermedio fascista M. del Giudice en el diario *La Costituente* del 31 de marzo de 1946, decía: "El fenómeno del sometimiento de la justicia no fue sólo una característica del gobierno de la derecha, sino que continuó también bajo la izquierda. Sobre este mismo tema ver también a Marovelli, F., *op. cit.*, p. 103 y ss.

⁵ Ver el artículo 1 de la ley del 19 de mayo de 1851, núm. 1186.

⁶ Ver los artículos 7 y 9 de la ley del 19 de mayo de 1851, núm. 1186.

⁷ Ver el artículo 41 de la ley del 19 de mayo de 1851, núm. 1186.

⁸ La Lombardía pasó al Piamonte después del armisticio de Villafranca (8 de

julio de 1859) (en realidad en base a este tratado, Austria cedía la Lombardía a Napoleón III que, a su vez, después la cede al Piamonte). Las asambleas políticas elegidas por los gobiernos provisionales de Parma, Módena, Romaña y Toscana, declararon privados de sus derechos a los respectivos príncipes y proclamaron su anexión al Piamonte (agosto de 1859). La cesión de Niza y Saboya a Francia fue la compensación dada por el Piamonte para la anexión de los cuatro Estados. En los primeros meses de 1860 se efectuaron los plebiscitos en los cuatro Estados anexados. En favor de la "unión a la monarquía de Vittorio Emanuele" fueron 366,571 votos en Toscana y 426,006 en Emilia y Romaña. Para el "reino separado" fueron 14,925 votos en Toscana y 576 en las otras provincias. Para un cuadro detallado de los plebiscitos en Toscana, ver a Spadolini, G., *Firenze capitale*, 3a. ed., Firenze, Le Monnier, 1967, p. 281 y ss.

⁹ Ver el artículo 159, r.d., 13 de noviembre de 1859, núm. 3781.

¹⁰ Ver el artículo 159, r.d., 13 de diciembre de 1859, núm. 3781.

¹¹ Cfr., r.d., 13 de noviembre de 1859: artículo 155: "El procurador general adjunto al tribunal de casación tiene la vigilancia sobre los miembros de su oficina: Los procuradores generales, adjuntos a los tribunales de apelación tienen la vigilancia sobre todos los oficiales del ministerio público del distrito del tribunal al que pertenecen. Los procuradores del rey tienen la vigilancia sobre todos los oficiales del ministerio público de su circunscripción. Artículo 156. Los oficiales del ministerio público pueden ser amonestados o censurados por el ministro de justicia... El ministro de justicia puede, además, llamarlos ante sí, para que respondan de los hechos a ellos imputados y suspenderlos de sus funciones."

¹² Cfr., artículo 158, r.d., del 13 de noviembre de 1859.

¹³ Cfr., artículo 103, r.d., del 13 de noviembre de 1859, y artículo 199, r.d., del 6 de diciembre de 1865.

¹⁴ Contra las transferencias de los magistrados y en defensa de la garantía absoluta de inamovilidad se expresa con vehemencia, Minghetti (*op. cit.*, p. 225), citando entre otras cosas, casos significativos de interferencia parlamentaria en la administración de la justicia. Y es sintomático que el mismo autor reportara para sostén de sus tesis la célebre máxima de David Hume: "Todo nuestro sistema político y cada uno de sus órganos, el ejército, la marina, las dos cámaras, y así sucesivamente, todo eso no es más que un medio para un solo y único fin, la conservación y la libertad de los doce grandes jueces de Inglaterra." De un notable interés es, desde luego, la defensa que hace Minghetti (*ibid.*, pp. 136, 137 y 228-229), también de la independencia del ministerio público.

¹⁵ Consultar, para todas las historias del proceso Palizzolo, resumida con mucha eficacia por Pietro Gerbore en su libro sobre las costumbres, escrito sin pretensiones científicas, pero con buena documentación y equilibrado juicio: *Commendatori e deputati*, Milano, Longanesi, 1954.

¹⁶ Cfr., Ruiz, D., "Sulla riforma giudiziaria", en la revista *Filangeri*, 1855, p. 723 y siguientes. Cfr., también el artículo 10, de la ley del 24 de julio de 1908, número 438: "Los magistrados deben abstenerse escrupulosamente de recurrir a recomendaciones, para apoyar o solicitar intereses de carrera, entre los miembros del gobierno o entre las personas de quienes dependen tales intereses, y está prohibido para ellos, en manera especial, recurrir para tal fin a las personas pertenecientes al orden forense."

¹⁷ Es muy importante un pasaje —bellísimo— de Giolitti, en el citado discurso de 1897 a los electores de Caraglio (G. Giolitti, *Discorsi extraparlamentari, loc. cit.*, p. 195): “Quedan al gobierno, los siguientes poderes sobre la magistratura. De los pretores dispone libremente sin ninguna garantía. Los magistrados son nombrados, todos, por el gobierno; sus promociones dependen por completo de la voluntad del gobierno; el gobierno puede negar a ellos cualquier transferencia; es el gobierno el que determina las funciones a las que cada uno de los magistrados debe estar adjunto, y que cada año designa a los magistrados que deben juzgar las causas civiles y las penales, y los reparte entre las varias secciones de las cortes y de los tribunales, es el gobierno el que compone a su placer las secciones de acusación entre las cortes de apelación y escoge a los jueces que deben, entre los tribunales, cumplir las funciones de jueces instructores, de modo que tiene en su mano la instrucción de los procesos penales y también el honor y la libertad de las ciudades. En fin, el ministro guardasellos tiene el derecho de llamar ante sí y de amonestar a cualquier miembro de corte o de tribunal. El único freno para el ministerio de gracia y justicia en el ejercicio de poderes tan extensos en el control del parlamento; pero, ¿es éste acaso un freno suficiente? Y puede decirse ¿un freno que ayude a la justicia? o no tiene por efecto, más o menos, un daño peor, el de hacer intervenir la acción de los partidos en la justicia?”

Como quiera que sea, la conclusión es interesante: “Si la carrera de los magistrados fuera sustraída de la acción del gobierno para hacerla depender de las deliberaciones de los colegios judiciales se quitaría toda sospecha de ilegítima injerencia gubernamental o parlamentaria, de presiones que se ejercen de arriba hacia abajo, y la magistratura adquiriría la autoridad que es indispensable al ejercicio de su altísima misión.” Muy triste es el hecho de que después el mismo Giolitti, cercado entre las contradicciones del sistema político tuviera, en substancia, que resignarse a aquella condición de cosas, y utilizarla también. Un cuadro documentado e interesantísimo de la condición de la magistratura en la Italia liberal se puede ver en la brillante pintura de las costumbres, trazadas con objetividad y verdad, en el citado volumen de Gerbore.

¹⁸ Ver las leyes del 14 de julio de 1907, núm. 511 y del 24 de julio de 1908, núm. 438.

¹⁹ Ver el decreto real de 4 de enero de 1880, núm. 5230 del ministro Villa; *cfr.*, también, Marovelli, *op. cit.*, p. 120 y ss.

²⁰ Ver el decreto real del 5 de enero de 1905, núm. 1.

²¹ Ver el artículo 34 de la ley del 14 de julio de 1907, núm. 511.

²² Ver el artículo 27 de la ley del 14 de julio de 1907, núm. 511.

²³ Análisis lúcidos y concluyentes de los vicios históricos y actuales de nuestro sistema judicial se encuentran en las relaciones presentadas por varios autores en la convención internacional sobre la independencia de la magistratura, recogidos en el volumen *Magistrati o funzionari?* bajo el cuidado de G. Maranini, Milano, Comunità, 1962.

²⁴ Ver el artículo 23 de la ley del 24 de julio de 1908, núm. 438.

²⁵ Ver el artículo 35 de la ley del 24 de julio de 1908, núm. 438.

²⁶ Las huellas de tal estado de cosas quedan todavía hoy muy evidentes. Un

cuadro no muy agradable de la posición del juez en Italia es ofrecido por A. Battaglia en sus dos bellos volúmenes: *I giudici e la politica*, Bari, Laterza, 1962, y *Processo alla giustizia*, Bari, Laterza, 1954. Y en la excelente y documentada aunque polémica encuesta de Ghirotti, Gigi, *Il magistrato*, 2a. ed., Firenze, Vallecchi, 1963.

²⁷ Ver el decreto real del 14 de diciembre de 1921, núm. 1978.

²⁸ Ver el artículo 112 del decreto real del 14 de diciembre de 1921, núm. 1978.

²⁹ Calamandrei, P., *Governo e Magistratura*, Siena, Tipografia San Bernardino, 1922.

³⁰ Ver el decreto real del 30 de diciembre de 1923, núm. 2786.

³¹ Ver el artículo 151 del decreto real del 30 de diciembre de 1923, núm. 2786.