

DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA¹

Giuseppe Di Federico

Sumilla: I. Introducción. II. Primer argumento. A. Independencia del Ministerio Público. B. Iniciativa propia de investigar. C. Dirección de la policía. D. Financiamiento del Ministerio Público. E. Responsabilidad del Ministerio Público por los efectos de su intervención. III. Segundo argumento. IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El encargo que se me ha hecho es el de ilustrar en una veintena de minutos algunos aspectos de nuestra administración de justicia que, respecto a otros países democráticos, parecen merecer grandes críticas en la perspectiva de los derechos humanos. Selección difícil para quien como yo he efectuado investigaciones sobre estos problemas por más de cuarenta años.

¹ Informe al convenio sobre «Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano» (Senado de la República, 28-29 de julio de 2011). A la versión oral han sido agregadas las notas a pie de página. Traducido del italiano por Joseph Du Puit.

Presentaré de modo sumario solo dos de los múltiples aspectos que distinguen nuestro sistema jurídico de los de algunos países democráticos y que, al mismo tiempo, son esenciales para una adecuada tutela de los derechos civiles en el ámbito judicial:

- La falta de una eficaz protección de los ciudadanos sea por iniciativas penales injustificadas sea por irremediables daños que tales iniciativas les causan.
- La ausencia de reales valoraciones de profesionalidad y diligencia de nuestros magistrados como causa de la dramática lentitud de nuestra justicia. Lentitud que es tan elevada como para comportar un sustancial denegación de justicia para el ciudadano.

II. PRIMER ARGUMENTO

En cualquier país, el uso apresurado o indebido de la iniciativa penal puede producir —y en realidad produce— devastadoras consecuencias sobre el estatus social, económico, familiar, político y de la salud misma del procesado o imputado. Consecuencias que no se remedian con una sentencia absolutoria que llega muchos años después. Además, se trata de un fenómeno muy difundido en nuestro país. Un fenómeno que es frecuentemente recordado en los periódicos (como, por ejemplo, la reciente absolución de Formica después de diecisiete años), pero del cual no se conocen las exactas dimensiones.

Dimensiones que son parcialmente notorias, como diré en seguida, solo para algunas categorías de ciudadanos especialmente visibles. Es una, una sola, de las diversas disfunciones generadas por la previsión en la Constitución de la inaplicabilidad del principio de la obligatoriedad de la acción penal y de la consecuencia de la falta de las formas de responsabilidad por la actividad del Ministerio Público que son por el contrario previstas en otros países democráticos. A diferencia de cuanto sucede en Italia, en otros países democráticamente sólidos el ordenamiento del Ministerio Público, las reglas relativas al ejercicio de la acción penal y el uso de los medios de indagar son específicamente regulados aún para evitar que lleguen a juicio procesos que no están basados en sólidas bases probatorias y que los ciudadanos puedan por esto resultar gravemente perjudicados. Haré solo algunas sumarias observaciones de orden comparativo. He participado a algunas iniciativas de preparación de la reforma del Ministerio Público inglés en 1985 y recuerdo cuánto este aspecto de la tutela de los ciudadanos influyó en la definición de la reforma, entre otras cosas se decía, por ejemplo:

- Que el Ministerio Público no debía ser mezclado en la investigación para que esté en situación de valorar objetivamente el material probatorio recogido por la policía y de decidir si efectivamente se han reunido las condiciones para el ejercicio de la acción penal. Un modo para evitar el desarrollo de lo que se llamaba «el síndrome del cazador», que puede llevar, a quien está empeñado en la investigación y en la búsqueda del culpable, a considerar simples indicios en pruebas fiables; pero no solo eso, sino también que la actividad del Ministerio Público en los procesos más graves se convierta en la de un abogado liberal profesional *ad hoc* en cada caso. Adoptando esta medida, el legislador de 1985 quería, entre otras cosas, hacer más acogedor el mismo objetivo que lo había conducido a excluir el Ministerio Público de la actividad investigadora. Quería que, para los crímenes de mayor gravedad, las decisiones sobre cómo conducir la actividad forense ante la corte fueran ulteriormente «lejanas» de la etapa de las investigaciones y sometidas a un ulterior e independiente filtro puesto en las manos de un abogado privado.
- Se decidió, además, fijar reglas bastante articuladas para determinar la prioridad en el ejercicio de la acción penal vinculada a la previsión conjuntamente a que el Ministerio Público no debía iniciar la acción penal si faltase la concreta posibilidad de obtener una condena (el *evidentiary test*, sea para proteger al ciudadano inocente, sea aún «para no malgastar los limitados recursos a disposición de la justicia penal»)². Obviamente la conformidad de los comportamientos del Ministerio Público a aquella regla será después considerada al valorarse su profesionalidad. Lo que es admitido en otros países democráticos y en forma acentuada en USA (al respecto, es particularmente importante un discurso de Robert Jackson, Attorney General de USA en 1941, luego juez destacado de la Corte Suprema, en el que afirmaba que, si se reconoce al Ministerio Público la facultad de escoger los casos a perseguir y de dirigir a su criterio las investigaciones de la policía, se le deja también la posibilidad de decidir, por razones personales u otras, sobre que persona debe ser perseguida y de dirigir entonces las indagaciones para obtener las pruebas de los posibles delitos cometidos por ella. Afirmaba que —para la protección de los derechos del ciudadano

2 Sobre una presentación resumida de las diversas medidas adoptadas en el Reino Unido para proteger a los ciudadanos de iniciativas judiciales temerarias, ver Di Federico, 2003, pp. 75 y ss. Respecto a una presentación amplia y actualizada del ordenamiento del Ministerio Público en Inglaterra y Gales, ver Girginov & Hancock, 2008, pp. 143 y ss.

y la misma democracia— este es el peligro mayor ínsito en el papel del Ministerio Público³).

Los poderes otorgados a nuestro Ministerio Público —todos vinculados de diversas maneras al principio de la obligatoriedad— son apropiados para crear el peligro indicado por Jackson de manera más grave y más comprometedora para los ciudadanos que en cualquier otro país democrático.

A continuación, señalo solo algunos aspectos relevantes⁴.

A. Independencia del Ministerio Público

A diferencia de otros países democráticos, nuestro Ministerio Público no solo goza de una plena independencia externa, si no que algunos de sus miembros tienen una amplia independencia también al interior de los oficios a los que pertenecen. Por supuesto, respecto de los oficiales del Ministerio Público, se ha establecido una estructura jerárquica. Pero de hecho los poderes de dirigir y supervisar de los jefes de los oficios son severamente limitados por algunas leyes y más aún por las directivas del sindicato de la magistratura y de las reglas analíticas de orden general que desde hace muchos años son fijadas por el CSM —donde está representado el sindicato de la magistratura con gran mayoría— para disciplinar el funcionamiento interno de los oficiales del Ministerio Público: reglas sobre la distribución del trabajo, la competencia, las sustituciones en los casos de impedimento y muchos otros aspectos. Por algo se ha desarrollado un marcado proceso de personalización de las funciones del OM de modo que valga aún para este el principio de juez natural previamente fijado por la ley. Tanto que, refiriéndose al fenómeno de la fragmentación y diversificación de los criterios que

3 Ver Jackson, 1940b, p. 19. Es el texto de la «Prolusione alla seconda conferenza annuale dei pubblici ministeri federali degli Stati Uniti», del 1 de abril de 1940. Entonces, Jackson era Attorney General degli Stati Uniti. El pasaje al que se hace referencia en el texto es el siguiente: «La aplicación del derecho no es automática. No es ciega. Una de las mayores dificultades de la posición del Ministerio Público consiste en que debe escoger los casos, pues ningún Ministerio Público puede investigar todos los casos que lleguen a su conocimiento [...] Si el Ministerio Público está obligado de escoger los casos, puede también escoger al imputado. Aquí reside el poder más peligroso del Ministerio Público: que escoja las personas a castigar, en lugar de los delitos que deben perseguirse. Con los códigos plenos de delitos, el Ministerio Público tiene grandes posibilidades de individualizar al menos una violación de cualquier ley en contra prácticamente de cualquier persona. No se trata tanto de descubrir que un delito ha sido cometido y de buscar después en los códigos el que ha sido cometido, se trata más bien de lanzar investigadores para descubrir cualquier cargo en su contra [...]».

4 Para una presentación más estructurada, ver Di Federico, 2008a, pp. 299 y ss; Di Federico, 2009 (este artículo puede ser consultado en <<http://www.difederico-giustizia.it>>).

de hecho gobiernan la investigación y la acción penal de parte de los diversos procuradores y de los singulares sustitutos, Giovanni Falcone lo definía como una «variable loca del sistema» (la abolición del inciso 3 del artículo 7 de la ordenanza judicial no ha cesado la orientación del CSM a regular la materia⁵ y a intervenir en las decisiones que se adoptan en las procuraciones procure).

B. Iniciativa propia de investigar

A diferencia de sus colegas de otros países democráticos, el Ministerio Público italiano puede, de mutuo propio, iniciar y conducir investigaciones de cualquier tipo sobre cualquier ciudadano —es decir, sobre cada uno de nosotros— cuando considera que se ha cometido un crimen (artículo 330 del CPP). Distinto al juez que tiene bien delimitada su competencia territorial, el Ministerio Público puede, por el contrario, promover y desarrollar, por propia iniciativa y con el pleno ejercicio de su poder, investigar sobre cualquier persona y sobre cualquier hipótesis de delito, donde quiera que se haya cometido y que el mismo concibe. Tiene entonces una competencia territorial ilimitada.

C. Dirección de la policía

En la conducción de las investigaciones, la policía obra según las instrucciones del Ministerio Público y siguiendo, de manera exclusiva y vinculante, sus directivas (artículo 347 del CPP). En la etapa investigativa, el papel de nuestro Ministerio

5 El decreto ley 106 de 2006 ha abolido el artículo 7 que desde 1988 otorgaba al CSM el poder de regular también la organización interna del Ministerio Público. En una decisión del 12 de julio de 2007, el CSM había aún reafirmado su competencia a dar directivas también sobre la organización de la Procuraduría de la República, reclamando explícitamente a su favor su papel de «vértice organizativo de la magistratura». En esa resolución, recordaba igualmente que la nueva ley impone a los jefes de las procuradurías comunicar los planos de organización de sus oficinas al CSM. Asimismo, que este, al examinarlos, podrá valorarlos y, en caso de aspectos negativos, anotarlos en los fascículos personales de los procuradores para ser tomados en cuenta al valorar su profesionalidad. Se trata de juicios negativos que tendrían mucha mayor importancia que en el pasado cuando la atribución de un encargo directivo era efectuado por el CSM por un tiempo indeterminado y las apreciaciones negativas, o no plenamente negativas, solo podían frustrar las aspiraciones futuras de los dirigentes a plazas superiores y a más importantes directivos. No se podía, sin embargo, en el momento de las valoraciones de profesionalidad, privarlos de encargos directivos ya otorgados. La ley de 2006, que introdujo la temporalidad de los encargos directivos y cuasi directivos —cuatro años renovable una sola vez en el mismo cargo y en el mismo oficio—, aumenta en mucho la relevancia de las evaluaciones del CSM en la materia respecto de los magistrados que ejercen dichos encargos y que aspiran a la renovación por un segundo periodo.

Público es el de un policía independiente, cosa que no es menos preocupante y menos anómala en democracia por el simple hecho que el policía independiente sea llamado «Ministerio Público».

D. Financiamiento del Ministerio Público

El Estado tiene la obligación de financiar todos los gastos que los miembros del Ministerio Público consideran necesarios para conducir la actividad investigadora. Esto en cuanto cualquier límite relativo a los medios de investigación a utilizar y sus criterios de gastos constituiría un límite al respeto de los principios constitucionales de obligatoriedad de la acción penal.

E. Responsabilidad del Ministerio Público por los efectos de su intervención

Los miembros del Ministerio Público no tienen ninguna responsabilidad por cada y cualquier iniciativa investigadora y acciones penales que inician, aún si años después su iniciativa resulta del todo infundada e injustificada. En cada caso, ellos pueden pretender, con seguro éxito, que su sospecha que un crimen ha sido cometido les imponía actuar. En otros términos, la obligatoriedad de la acción penal transforma *ipso jure* cualquiera de sus decisiones discrecionales en materia de las investigaciones y de acciones penales en «acto debido», excluyéndolos de aquella específica responsabilidad que son por el contrario previstas en los países democráticos (como valoraciones negativas de su profesionalidad por iniciativas penales aventuradas, responsabilidad por investigaciones inútiles y costosas). A diferencia de otros países democráticos, la mayor parte de las decisiones relativas a la política criminal no son adoptadas en el ámbito del proceso democrático; pero son delegadas sin transparencia alguna a la competencia de un cuerpo burocrático que no asume responsabilidad alguna.

En ningún otro país democrático, por tanto, la independencia del Ministerio Público es tan amplia y su responsabilidad tan limitada como en Italia. Las tentativas parciales hechas para modificar algunas de las características del Ministerio Público italiano, aquí brevemente descritas, siempre han encontrado la firme oposición del sindicato de la magistratura que constituye la mayoría en el CSM. Una oposición hasta ahora exitosa por el importante poder contractual que desde hace varios decenios la magistratura organizada tiene en la confrontación con la clase política; un fenómeno sobre cuyas causas no puedo aquí extenderme⁶. Esto no obstante, cualquier innovación para introducir formas de responsabilidad del Ministerio

6 Al respecto, ver Di Federico & Sapignoli, 2002, pp. 24 y ss.

Público es considerada una amenaza para la eficiente defensa de la legalidad y para el correcto funcionamiento de la estructura democrática. Si estos mismos criterios de estructura y funcionamiento del Ministerio Público italiano fueran utilizados para valorar los niveles de protección de la legalidad en otros países democráticos, ninguno de estos superaría el examen de legalidad (ni Francia, Inglaterra, Holanda, Alemania, Austria, Bélgica, USA y otros).

Jamás se han recogido oficialmente informaciones completas sobre el número de los ciudadanos italianos que han padecido iniciativas judiciales y que después de muchos años han sido absueltos, ni tampoco sobre los efectos muy devastadores e irremediables que esas iniciativas han tenido sobre la vida social, económica, familiar y aún sobre la salud. Ciertamente que los medios de comunicación nos informan sobre muchas de estas iniciativas y de las consecuencias que han generado sobre la vida de los ciudadanos. A mi conocimiento, los únicos datos recogidos con cierta organicidad y por un periodo limitado son aquellos publicados en un libro escrito en 2002 por un parlamentario, Giovanardi, en relación con los ochenta y cuatro diputados de la democracia cristiana investigados entre 1992 y 1993⁷. Solo una exigüa minoría ha sido condenada. Al 2002, esto es un decenio después, solo cincuenta y cuatro de los ochenta y cuatro investigados habían sido juzgados definitivamente, doce procedimientos estaban aún pendientes de un posible juzgamiento y trece concernían parlamentarios que habían fallecido durante el proceso. De los cincuenta y nueve parlamentarios ya juzgados, cuarenta y nueve —esto es el 83%— habían resultado inocentes, mientras que solo diez habían sido condenados. Debido a que el autor no ha actualizado estas informaciones, suponemos que el número de absueltos ha ciertamente aumentado (por ejemplo, la absolución sobrevenida después de tres lustros de Mannino y Gava). De las consecuencias sobre la vida de estos investigados absueltos, solo sabemos que casi todos han sido eliminados de la vida política. Para la mayoría de los simples ciudadanos investigados y posteriormente absueltos, las consecuencias de orden económico, social y personal pueden ser más graves de las soportadas por los parlamentarios. Todavía aún limitándose a reflejar a esas únicas informaciones, lo que asombra, y creo que no puede dejar de preocupar a aquellos que cultivan ideales de tipo liberal, es que aquellos sucesos no han generado una reflexión sobre cuál sea la magnitud del fenómeno en relación con todos los ciudadanos y cuáles sean las características de nuestra estructura judicial que permiten se verifique ese tipo de sucesos. Por mucho menos, en otros países democráticos se ha llevado a cabo investigaciones parlamentarias y se ha realizado reformas profundas.

7 Giovanardi, 2003. La lista de los parlamentarios de la Democracia Cristiana investigados y los éxitos procesales aparecen en las pp. 43 y ss.

Últimamente en Francia, donde después de la iniciativa penal en contra de catorce ciudadanos acusados de pedofilia y después declarados inocentes (no después de años, sino de pocas semanas), el magistrado responsable de lo acontecido ha sido convocado ante el Parlamento para que explique públicamente su iniciativa y sus decisiones⁸. Suceso que luego ha sido vinculado también a iniciativas de reforma que se traducían en la reforma constitucional de julio de 2008 (que ha cambiado, entre otras cosas, la composición del CSM francés reduciendo la representación de los magistrados en su seno —ahora son minoría— con el fin de disminuir las direcciones corporativas de este órgano⁹). Soy consciente que cosas de este género son impensables en Italia, tanto que, cuando el magistrado francés fue interrogado en el Parlamento, el CSM italiano, no el francés, expresó públicamente su censura respecto a Francia señalando que en ese país se había producido una grave violación de la independencia de la magistratura y de la separación de poderes¹⁰.

Para reforzar la tutela de los derechos civiles en el ámbito procesal, no bastan las exhortaciones formuladas al Ministerio Público para que modere el ejercicio de sus incontrolados poderes. Suceden por el contrario reformas que, como acontece en otros países democráticos, colocan las decisiones sobre la prioridad en el uso de medios de investigación y sobre el ejercicio de la acción penal en el ámbito del proceso democrático y vinculan los miembros del Ministerio Público y el mismo gobierno al respeto de esas decisiones.

Somos conscientes de haber considerado solo un aspecto de las múltiples disfunciones generadas por la aceptación de la inaplicabilidad del principio de la obligatoriedad de la acción penal y de la actual estructura del Ministerio Público; es decir, aquello que concierne más directamente la protección de los derechos civiles en el dominio procesal¹¹. Paso al segundo argumento.

8 Llamado «*affaire d'Outreau*», que había generado fuertes reacciones emotivas en la opinión pública y que el mismo presidente Chirac había definido como un «desastre judicial sin precedente». La transmisión televisiva en directo desde el Parlamento del interrogatorio del magistrado que era considerado como principal responsable de lo sucedida, tuvo lugar el 14 de febrero de 2006.

9 Ver el artículo 31 de la ley constitucional 2008-724, titulada «Modernización de las instituciones de la V República».

10 Ver actas del CSM del 22 de febrero de 2006, pp. 124 y ss.

11 Para una presentación más amplia de las disfunciones sistémicas que se deducen de la inaplicabilidad del principio de la obligatoriedad de la acción penal previsto en la Constitución, ver los comentarios expresados en la nota 3.

III. SEGUNDO ARGUMENTO

Uno de los aforismos más citados en materia de justicia es «*justice delayed is justice denied*» (dicho que es atribuido al ministro inglés Gladstone) y el que la justicia tardía equivale a una sustancial denegación de justicia para el ciudadano. Las demoras de nuestra justicia son tales que su denegación, de la que es víctima el ciudadano italiano, se encuentra entre las más graves del mundo, como puntualmente se ha recordado en los dos últimos informes de inauguración del año judicial pronunciados por el presidente de la Corte Suprema de Casación Vincenzo Cargone y Ernesto Lupo. Por los retrasos de nuestra justicia hemos recibido de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) el doble de condenas impuestas a los demás países de Europa occidental en su conjunto¹². En consecuencia, debido a que la CEDH no llegaba a eliminar el creciente número de causas por demora provenientes de Italia, en el 2001, con la denominada «ley Pinto», habíamos debido transferir de la CEDH a nuestras cortes de apelación el encargo de juzgar los retrasos y de establecer la entidad de los resarcimientos¹³. Pero también las cortes de apelación tienen ahora grandes dificultades para afrontar el creciente número de los recursos, tanto que ya son numerosas las causas promovidas por ciudadanos italianos ante la CEDH por las demoras en que incurrían las cortes de apelación al tratar las causas referentes a los retrasos¹⁴. Es un círculo vicioso del cual no se logra salir, mientras que desde cerca de veinte años el Comité de Ministros del Consejo de Europa repetidamente ha puesto en mora la justicia italiana afirmando que su deficiencia es tal que perjudica la índole misma del estado de derecho de nuestro país¹⁵. Las malas noticias sobre la ineficacia de nuestra justicia no terminan aquí. Si ampliamos la perspectiva a nivel mundial y consultamos los datos proporcionados por el Banco Mundial sobre la lentitud de la justicia en las causas, concerniendo las solicitudes de créditos constatamos

12 Ver: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf>.

13 La ley 89, del 24 de marzo de 2001, fijó la atribución por la materia de la competencia de las cortes de apelación.

14 Recientemente, la CEDH se ha dirigido a Italia para señalar la ineficacia de la denominada ley Pinto. Al respecto, consultar, por ejemplo, el comunicado público de la Corte Europea 991, del 21 de diciembre de 2010, titulado «General measures required to remedy malfunctioning of Pinto applications».

15 Es una llamada de atención formulada varias veces por el Consejo de Ministros en los últimos veinte años (ver la resolución interim CM/ResDH, 2010, 224). Asimismo, desde casi veinte años el Consejo de Ministros ha indicado periódicamente iniciativas de reforma que consideraba serían eficaces para resolver el problema de la gran ineficacia de nuestra justicia (pero en sustancia se han siempre mostrado ineficaces).

que nuestra justicia no solo es la más lenta en Europa, si no también más lenta que un número elevado de países de África, Asia y América Latina¹⁶. Es un gravísimo perjuicio para los derechos de los ciudadanos y también un enorme daño para nuestra economía porque desanima a los inversores en el plano interno, sea porque crea para nuestro país una fuerte desventaja para atraer inversores extranjeros. Un daño económico para nuestro país que los estudios del Banco Mundial calculan en decenas de millones de euros¹⁷.

Entre las causas de esta absurda ineficacia de nuestro sistema judicial, se indica la irracional distribución de las oficinas judiciales en el territorio, los retardos en la modernización tecnológica del aparato judicial, el elevado número de abogados y otras más. Desde hace cuarenta años sostengo que, entre las principales causas de ineficacia, debe ser incluida la ausencia de efectiva valoración de la profesionalidad y diligencia de nuestros magistrados.

Cierto que no tengo tiempo para dar datos analíticos del fenómeno, pero están contenidos en mis publicaciones¹⁸. Me limito a recordar que, en el periodo 1968-2007, las apreciaciones negativas para efectos de promociones han variado en los baremos del CSM entre 0,4 y 0,9 % y han concernido por lo general solo a magistrados que tenían graves condenas disciplinarias o procesos penales pendientes¹⁹. En el periodo 2006-2007, el legislador ha querido poner remedio a este fenómeno con una ley que fije reglas de valoración más severas (a mi conocimiento, entre las más severas de Europa). Paradójicamente, pero no sin razón, el efecto ha sido el de hacer que las valoraciones de los consejos judiciales

16 Ver: <<http://www.doingbusiness.org/ranking>>.

17 El gobernador de la Banca di Italia, Mario Draghi, en su último informe del 31 de mayo de 2011, ha afirmado que solo en el plano interior la ineficacia de nuestra justicia produce un daño equivalente a un punto del PIB; y el presidente del CSM, Michele Vietti, ha comentado este dato recordando que «el 1% del PIB equivale a cerca de 22 millones de euros, casi la mitad de la maniobra», refiriéndose a la enorme maniobra económica propuesta recientemente por el gobierno (ver el *Corriere della Sera* del 18 de agosto de 2001, p. 6). En relación con el importante daño económico causado a la economía italiana por la lentitud de la justicia civil, consultar el informe del Centro Studi della Confindustria del 11 de enero de 2001, pp. 73 y ss.

18 En cuanto a un análisis de la evolución del sistema de las promociones en los últimos cincuenta años, ver Di Federico, 2008b, pp. 185 a 200.

19 Entre mayo de 1979 y junio de 1981, el CSM efectuó 4034 evaluaciones de profesionalidad respecto a cuatro niveles de magistrados de tribunales a magistrados de casación con funciones directivas superiores. Los promovidos fueron 4019 (esto es el 99,6% del total); solo quince (es decir el 0,4%) fueron evaluados negativamente, todos debido a graves sanciones disciplinarias o a procesos penales pendientes. De las 9636 evaluaciones de profesionalidad realizadas por el CSM en once años (1993 a 2003), solo noventa y cuatro magistrados fueron evaluados negativamente. Aún en este caso se trataba de magistrados que en su gran mayoría tenían graves condenas disciplinarias o procesos penales. Es de recordar que en general los magistrados evaluados negativamente fueron promovidos dos o tres años después.

y del CSM sea menos selectivas. Así, entre octubre de 2007 y julio de 2010, han sido efectuadas 2297 evaluaciones y solo tres magistrados, de los cuales uno ya está en retiro, no han sido calificados positivamente (de menos de 1% se ha pasado a más de 1 por mil)²⁰.

En realidad, el CSM concretamente ha procedido a las promociones sobre la base de la antigüedad en el servicio, aún para los magistrados sin cargo que no ejercían función judicial muchos o muchísimos años. Por ello, todos los magistrados italianos, caso único entre los países democráticos con sistema de nombramiento similar al nuestro, llegan por voluntad del CSM al nivel máximo de la carrera, de los honorarios, de las pensiones y del buen retiro. Así, mientras prima que el CSM decida de efectuar promociones generalizadas, al vértice de la carrera estarían solo el 1,1% de magistrados en servicio²¹ (más o menos lo que sucede en los otros países europeos); por muchos años este porcentaje ha aumentado hasta el 23-25% de los magistrados en servicio²².

No comentaré aquí el hecho, por demás no secundario, que la Constitución, en el artículo. 105, atribuye al CSM el encargo de efectuar las «promociones» de nuestros magistrados y que el órgano de autogobierno, promoviendo todos sobre la base de la antigüedad, se haya hecho responsable de una sustancial violación del dictado constitucional, salvo a querer admitir que nuestro constituyente quería dar al término «promociones» un significado radicalmente diferente al que tiene en la lengua italiana. Lo que me importa subrayar es la relación que vincula orgánicamente promociones y eficiencia en todas las organizaciones que, como nuestra magistratura, reclutan personas relativamente jóvenes, sin experiencias profesionales, que generalmente restan en servicio durante toda su vida laboral (entre nosotros, 8 a 9 lustros). En estas organizaciones sirven para verificar que los magistrados, inicialmente poseedores de solo conocimientos teóricos, maduran

20 Este fenómeno parece desprenderse del hecho de que mientras que con el sistema de evaluación precedente la evaluación negativa no producía jamás por sí mismo la dispensa del servicio (en general retardaba solo la carrera en dos o tres años), el nuevo sistema de evaluación preveía la dispensa del servicio después de dos evaluaciones desfavorables. Que esta sea la posible causa del fenómeno resulta no solo de las entrevistas hechas a algunos consejeros del CSM, si no que emerge también de las actas del CSM mismo: en el curso de una de las evaluaciones de profesionalidad relativa a un magistrado que con el sistema precedente había sido evaluado negativamente, entre las consideraciones que se oponían a una segunda valoración negativa con el nuevo sistema aparece también que el magistrado habría corrido el riesgo (definido como «inaceptable») de ser dispensado del servicio (ver actas del CSM del 15 de abril de 2010, sesión de la tarde, p. 109).

21 Ver Di Federico, 2008b, p. 186 (cuadro 5.2).

22 Por ejemplo, en abril de 2008, el porcentaje de los magistrados del máximo nivel de la carrera constituía el 24,52% del total de los magistrados en servicio (2179 sobre 8886).

luego efectivas capacidades profesionales; sirven, sucesivamente, para seleccionar aquellos que (por capacidad profesional y empeño laboral) son más calificados para cubrir las vacancias en los niveles más altos de la jurisdicción; sirven para verificar, cosa menos importante, que conservan su capacidad a lo largo de los 40-45 años de permanencia en el servicio y hasta la edad de la jubilación; sirven por fin para proporcionar informaciones útiles para destinar a los magistrados a funciones más conformes a sus calidades personales y competencias profesionales. Estas garantías, presentes también en nuestra estructura judicial hasta fines de los años sesenta²³, se encuentran todavía en varias formas en los otros sistemas judiciales de Europa continental (Alemania, Francia, Holanda, etc.²⁴); todos sistemas que evidencian una eficacia netamente superior a la de nuestra justicia. Entre nosotros, el CSM ha retenido que se podía partir al menos del escogido en el lejano 1968, cuando la ANMI, en nombre de la independencia interna, invitó a los magistrados a votar solo por los candidatos que se comprometían en no tener en cuenta los títulos judiciales para los efectos de las promociones²⁵; un criterio de efectuar promociones generalizadas sin sustanciales y efectivas evaluaciones de profesionalidad que el CSM ha conservado constante en el tiempo y que recientemente, como ya dicho, ha acentuado.

IV. REFLEXIONES FINALES

¿Es posible imaginar que la ausencia de reales y competentes evaluaciones de la profesionalidad no se encuentre entre las principales causas de la ineficacia de nuestra magistratura? Equivaldría a afirmar que el concurso en magistratura, por lo

23 Como ilustración de las características del gobierno de la magistratura, de la distribución de los magistrados en los varios niveles de la carrera y del sistema de promociones hasta fines de los años 1960, ver Di Federico, 2008b, pp. 185 y ss.

24 Para una presentación de los sistemas de evaluación en otros países de Europa occidental, ver Di Federico, 2005; este libro puede ser consultado en <<http://www.difederico-giustizia.it>>. Sobre el gobierno de los jueces en veinte países del área OSCE, consultar Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition* (Springer Publications, en impresión).

25 El consejo directivo central de la ANMI de hecho, aprobó y difundió con gran entusiasmo una comunicación por la que invitaba a los magistrados «a recurrir al arma democrática del voto eligiendo como nuevos consejeros judiciales solo magistrados que ofrecían plena confianza [...] primero entre todos a la eliminación del examen de las labores judiciales» (ver *Notiziario de la magistratura* de marzo de 1967). La campaña electoral por el CSM de 1968, en la que por primera vez los magistrados de los altos niveles no podían ser elegidos sin el voto de los que se encontraban en niveles inferiores, fue conducida con mucha determinación por la ANMI, según la misma directiva de aquella deliberación, y resultó totalmente eficaz, aun en el hecho de que solo fueran elegidos, en representación de los magistrados de alto nivel, aquellos que aceptaban excluir los títulos judiciales de la evaluaciones para las promociones.

demás de escasísima y atendible selectividad²⁶, tenía virtud adivinatoria y mágica, como si fuera suficiente para garantizar la madurez profesional y empeño laboral por los sucesivos 40-45 años de permanencia en el servicio. Esto sería lo mismo que afirmar que la permanencia de los sistemas de selección competitiva en los otros países de Europa continental no tienen ninguna relevancia para explicar su mayor eficacia, pero que son solo la expresión de una orientación sádica de esos países respecto a sus jueces (por ejemplo, en Alemania, donde solo entre el 5 y 10% de los jueces es calificado de «excelente» y donde solo entre estos jueces es escogido el restringido número de aquellos que llegan a los vértices de la carrera²⁷). Agrego que, en el curso de las numerosísimas entrevistas que he realizado en los años pasados en los oficios judiciales, numerosas son las atestiguaciones de los magistrados que señalaban el poco empeño de colegas y resaltaban la causa de la ausencia de las reales evaluaciones de la profesionalidad y diligencia; un fenómeno confirmado con mi experiencia de consejero del CSM. Algunos magistrados lo han declarado públicamente pagando un precio muy alto, viéndose después rechazados por el CSM para ocupar cargos para los que estaban plenamente legitimados. Entre ellos, Corrado Carnevale, quien fue denunciado por vilipendiar a la magistratura por el procurador de Agrigento (el ministro no autorizo el procesamiento) y Giovanni Falcone, quien recibió una dura reprimenda de parte del comité directivo central de la ANMI²⁸ por haber dicho en público que:

[...] es preciso darse cuenta, en efecto, que la independencia y la autonomía de la magistratura peligra de ser gravemente comprometida si la acción de los jueces no es asegurada por una robusta y responsable profesionalidad al servicio del ciudadano. Ahora bien, algunos automatismos de carrera [...] son causa no secundarias de la grave situación en que se encuentra actualmente la magistratura. La ineficacia de los controles sobre la profesionalidad, que debería proveer el CSM y los consejos judiciales, ha producido un nivelación de los magistrados hacia abajo²⁹.

En un sistema donde todos logran, para prescindir de sustanciales evaluaciones de la profesionalidad, el máximo nivel de la carrera y de los honorarios, de la pensión y de la liquidación, lo que sorprende no es la existencia de aquellos fenómenos de bajo empeño y de mediocridad de los que habla Falcone, más bien

26 Al respecto, ver Di Federico, 1987, pp. 13-14.

27 Ver Johannes Riedel, 2005, pp. 95-98.

28 Ídem. Además, ver el *Bollettino della Magistratura 4*, de octubre-diciembre de 1988; la moción de censura es presentada en el anexo 22.

29 Falcone, 1994, p. 99.

debe producir maravilla y admiración el hecho que, a pesar de la falta de estímulos y reconocimientos institucionales, hayan sin embargo numerosos magistrados de alta profesionalidad y empeño laboral que se resisten a la desmotivación de ver que aún los menos empeñosos reciban elevadas evaluaciones y gratificaciones de carrera y económicas. No diré, como se acostumbra, que esos meritorios magistrados sean la mayoría, porque no lo son, así como no lo saben siquiera aquellos que lo afirman. Recuerdo por el contrario que un gran estudioso de los sistemas judiciales, Arthur Vanderbilt, decía que, para una función tan delicada como la del juez, la mediocridad es más peligrosa que la misma corrupción, porque es menos fácil de individualizar y mucho más difícil de remover. Aunque aquí agregó que he considerado solo una de las graves disfunciones que derivan de la abolición de facto de las evaluaciones de profesionalidad. Disfunciones que no existen en otros países; como, por ejemplo, la dificultad en cubrir las plazas menos deseadas y los enjuagues entre clase política y magistratura. Disfunciones que he documentado analíticamente en mis escritos los últimos cuarenta años, sin jamás ser desmentido. Me doy plenamente cuenta que reintroducir evaluaciones de profesionalidad semejantes a las de otros países democráticos de Europa continental presenta dificultades enormes y por cierto no sería posible manteniendo la evaluación en las manos de los órganos, consejeros judiciales y el CSM, compuestos en su gran mayoría por representantes del sindicato de la magistratura. Por esto, en otros países como Francia y Bélgica, las evaluaciones de profesionalidad no competen al CSM; sino a organismos menos inclinados a favorecer las expectativas corporativas. En un convenio prioritariamente orientado a buscar remedios para las intolerables condiciones de vida en nuestras cárceles, habría querido hablar de asistencia legal a los menos dotados que constituyen con certeza la mayoría de los detenidos. Por desgracia, en los últimos años no he puesto al día mis datos sobre la situación en otros países. Sin embargo, quisiera comunicar un dato para pedir una reflexión sobre nuestras carencias en el sector. Reino Unido e Italia destinan los mismos recursos globales al sector justicia; pero, mientras en el Reino Unido el porcentaje de recursos financieros destinados a la defensa de los menos pudientes sobrepasa el 45% del total, en Italia el porcentaje es menos del 3%. Tenemos, por el contrario, la primacía de los recursos financiero destinados a los gastos de personal, que llegan entre nosotros al 76% del total (frente al 55% en Francia).