

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ROL DE LA JUSTICIA: EL CASO DEL POOL MILANÉS MANI PULITE Y ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA MAGISTRATURA ARGENTINA

*Inés Malvina Calceglia**

Recibido: 11/09/10

Aprobado evaluador interno: 31/10/06

Aprobado evaluador externo: 02/11/06

Abstract

Starting from the assumption that there was a similar social context showing a 'deficit in democracy' both in Italy and Argentina in the nineties, we will analyze the evolution of the Italian judiciary since the postwar years in order to determine which factors contributed to the emergence of a growing judicial activism behaviour, which has been gradually evidenced by the struggle against terrorism and the Mafia, and has reached its highest point with the performance of the Milanese initiative mani pulite [Italian for 'clean hands'] and its investigation into cases of corruption. A synthesis of the historical evolution of the Italian judicial system focusing on the internal debate over its organization allows us to consider Argentine magistrates institutional behaviour vis-à-vis the Italian one, in view of the fact that the comparison of both processes would lead us to a more thorough understanding of Argentine judges' historical role as well as their conduct during the nineties. Thus, four points of discussion are put forward: (1) the internal debate in the judiciary –its existence or non-existence; (2) the general legislative framework; (3) the judiciary as an exponent of a society and its cultural values; and (4) the handing over of responsibilities from the political sphere to the judicial one.

Key words: *Judiciary, corruption, comparative law.*

* Licenciada en Ciencia Política de la Universidad del Salvador; Magistra en Relaciones Internacionales de FLACSO Argentina; investigadora senior en el Istituto di Diritto e Politica Internazionale della Università degli Studi di Milano (1995-96); docente universitaria; Autora de Editorial La Ley, funcionaria judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina. icalceglia@csjn.gov.ar

Resumen

Partiendo de un mismo diagnóstico social de “déficit democrático” en la Italia y la Argentina de los años '90, se analiza la evolución de la magistratura italiana desde la posguerra, para determinar los factores que habrían concurrido a favorecer una creciente conducta de activismo judicial evidenciada, paulatinamente, en la lucha contra el terrorismo y la mafia, alcanzando su punto más intenso en la actuación del pool milanés mani pulite y su investigación de casos de corrupción.

Una apretada síntesis de la evolución histórica de la corporación judicial italiana, con focalización en el debate interno de su organización, permite comparar la conducta institucional de la magistratura argentina vis-à-vis la italiana, en el entendimiento de que la vinculación de ambos procesos permitiría una comprensión más acabada del rol histórico de los jueces argentinos, así como de su conducta durante los años '90. Para ello, se proponen cuatro ejes de análisis: 1) El debate interno en la magistratura: su existencia o su carencia. 2) El marco general legislativo. 3) La magistratura como exponente de una sociedad y de sus valores culturales. 4) La transferencia de responsabilidades del ámbito político al ámbito judicial.

Palabras clave: magistratura, corrupción, derecho comparado.

Introducción

La política debe dirimirse en el ámbito de la arena política, con sus propias reglas de juego. No es un “axioma” que la política —aun después de Maquiavelo— esté abruptamente divorciada de la ética. En todo caso, cuando ello ocurre, estamos frente a un “estilo” de hacer política, y no frente a su esencia inexorable. Los “estilos” no son privativos de un partido político; son opciones de los hombres que lo componen y hacen política.

La justicia es el ámbito del equilibrio, la medida y —sobre todo— de la prudencia en la valoración de los hechos sometidos a su dictamen. Trasladar el debate y —lo que es peor— la batalla política al ámbito judicial es desnaturalizar ambas esferas.

En ese caso, el judicial puede asistir a dicha batalla, como el *escenario inerte* en el que se dirimen las disputas de tal naturaleza o, desde otra perspectiva, puede hacerlo *activamente*, asumiendo cuotas importantes de compromiso.

Es así como, en situaciones de “déficit democrático” —cuando existe un vacío y/o parálisis institucional¹ en la instancia política, especialmente en la

1 “Vacío institucional” no supone sólo la parálisis y/o nulidad de una institución, sino su funcionamiento a destiempo con las reglas de juego que definen la organización institucional de un Estado; en nuestro

esfera legislativa; es decir, en situaciones de crisis del sistema— es lícito y razonable que emerja el “activismo judicial”, precisamente como la contracara de dicho “déficit democrático”.

Ello no supone una visión peyorativa del concepto de “activismo judicial”, sino—antes bien— el mismo es presentado aquí como instrumento conceptual para abordar situaciones así caracterizadas. De suerte que el “activismo judicial” no es malo en sí mismo sino un concepto neutro que—en ocasiones— se manifiesta desarrollando una conducta que resulte *funcional* al fortalecimiento de un sistema normativo—en particular— y *del sistema todo*, en general.

Aquí se recorrerán sólo algunos de los aspectos sobresalientes de un ejemplo de activismo judicial, como emergente de una situación que se halla enraizada en el diagnóstico ya identificado como *déficit democrático*. Tal es el contexto en el caso del pool *Mani Pulite* de Milán.²

I. El activismo judicial en el pool milanés *Mani Pulite*

Es imprescindible hacer tres breves aclaraciones preliminares respecto de la organización del sistema jurídico penal italiano:

- 1) el procedimiento penal describe, a grandes rasgos, un circuito en el que a solicitud del *pubblico ministero* (PM) el *giúdice per le indagini preliminari* (GIP) decide sobre la suerte del indagado: puede desestimar la solicitud del PM o puede admitir arrestos e interrogatorios. A partir de la investigación se puede resolver el sobreseimiento del indagado

caso: democrático, republicano y federal. Tampoco esta noción lleva en sí la inexorabilidad de que se trata de una situación calificable como de “ingobernabilidad”. No obstante, si tal situación se exacerba y no hay respuestas del sistema, ello puede conducir a un “estado de ingobernabilidad”.

- 2) Me permito señalar, asimismo, que otro caso notable de “activismo judicial”, pero en el ámbito supranacional, lo constituye el rol desempeñado por la Corte de Justicia Europea y su invaluable aporte al proceso de integración en la Comunidad Europea. En efecto, un estudio del caso desde la perspectiva de la ciencia política me permite afirmar—sin temor a las exageraciones— que el activismo judicial ejercido por dicho tribunal, aplicado en un sentido “instrumental” y administrado con auto-control (*self-restriction*) por parte de los magistrados, ha sido decisivo en la consolidación del proceso europeo de integración política, en su etapa fundacional. Su mención en este artículo no es ajena ya que—además de constituir mi tema de especialización académica— considero que su referencia puede ser de utilidad, atento el debate—siempre en curso— acerca de la necesidad y/u oportunidad de crear un tribunal supranacional permanente para el Mercosur. Al respecto, ver: Calceglia, I. M. (1998), “Integración: el desafío de las instituciones”. *Reflexiones sobre el tribunal supranacional, el activismo judicial y el déficit democrático*, Buenos Aires, La Ley.

o que la investigación continúe hasta la condena del mismo. El *juicio inmediato* tiene lugar en el tribunal público, delante de tres jueces. El *juicio abreviado* tiene lugar sólo si el PM y el GIP se ponen de acuerdo. No es público y la pena es reducida en un tercio. El *pacto* o acuerdo está previsto sólo para los delitos con una pena inferior a los dos años. Los grados del juicio penal son tres: luego de la sentencia del tribunal se pasa a la Corte de Apelación. La sentencia definitiva es pronunciada por la Suprema Corte de Casación;

- 2) a menudo se señala como crítica, que cuestiona la capacidad de objetividad de los jueces, el hecho de que no existe una carrera propia y diferenciada del PM, por lo que sucede frecuentemente que quienes se han desempeñado como fiscales luego deban hacerlo como jueces. Así, la crítica esgrimida es que —en ocasiones— no aciertan a diferenciar los roles y continúan actuando como fiscales en lugar de desempeñarse como jueces; y
- 3) en la organización judicial italiana existe y funciona el Consejo de la Magistratura, aunque es blanco de críticas que permanentemente intentan reformarlo para garantizar una mayor transparencia.

En Italia se han aprobado, hasta fines de los años ochenta, normas muy severas, y cada vez que la administración pública fue salpicada por algún ilícito, la clase política modificó la legislación especial para penar más severamente el financiamiento ilícito de los partidos políticos, la evasión fiscal y la corrupción. Pero —como señalara el entonces Ministro de Justicia de la coalición de centroizquierda “L’Ulivo”, Dr. Giovanni Maria Flick³—, cuando estas normas comenzaron a ser aplicadas a la clase dirigente, aun algunos de los que las habían promovido se rebelaron en nombre de cuatro principios: a) ¿por qué justo yo?; b) todos lo hacen así; c) es más, yo lo había denunciado públicamente; y d) ¿dónde estaban antes los magistrados?

Así sobrevino una línea de investigación judicial que determinó un terremoto político e institucional, no porque antes no hubiera habido procesos potencialmente explosivos, sino porque avocaciones, anulaciones y transferencias enturbiaron las investigaciones al punto tal de que cualquier “verdad” y cualquier sentencia se prestaron a lecturas e instrumentalizaciones

3 Flick, G. M. (1995), “Oltre Tangentopoli?”, en *Intervista sulla Giustizia* (a cura di Angelo Ciancarella Milano), Il Sole 24 Ore, Pirola.

ideológicas tales, de tornar increíble cada acto acertado y, al contrario, plausible toda ilación no demostrada.

Pero la enumeración de los casos personales no debe soslayar el drama que supuso descubrir que nada, en Italia, fue proyectado, construido, administrado, sin financiamiento ilícito para los partidos, enriquecimientos personales, aumento de los costos en la provisión de bienes y servicios a la administración pública de hasta el 30%.⁴

Por ello es que la amplitud de las investigaciones se extendió rápidamente del plano judicial al plano político e institucional. Sumado a ello, la presión de la opinión pública, por la naturaleza de los procesos en curso, tornó imposible para los magistrados evitar que se diera una situación definida así: "el proceso al sistema como la suma de los procesos a los particulares". Y dado que la clase política no pudo encabezar el proceso al sistema, revelándose incapaz de cambiar sus reglas, fue necesario e inevitable que fuese la magistratura quien lo llevase a cabo. Sin embargo, aunque inevitable, también es preciso señalar que dicho proceso debía cerrarse, debía concluirse de algún modo.

La magistratura se vio impelida a asumir un rol atípico en aras de la supervivencia y el saneamiento del sistema, en lo que se percibía como una situación de "emergencia"; pero una vez pasada la emergencia, era preciso buscar y encontrar los mecanismos genuinos para enfrentar tales circunstancias, evitando así que la magistratura sea llamada, desde la emergencia, a desarrollar en forma "permanente" un rol que no le compete, con el riesgo que conlleva sobre-exponerse a sí misma y ejercer una función de "control del sistema". A ello se refiere Flick cuando dice: "...tengo la sensación de que la evolución del proceso de Mani Pulite haya atravesado este momento de: Manos limpias, a 'manos políticas' y a 'manos ligadas'".

Y el sistema debía caer bajo proceso porque sus características principales eran la ilegalidad, la ineficiencia y la oscuridad. El pool *Mani Pulite* dio un salto de cualidad que permitió recuperar una serie de valores constitucionales fundamentales que debían haber sido defendidos antes, y a través de otros instrumentos de intervención: políticos.

No obstante, todo ello es comprensible en la "emergencia", pero, ¿es conveniente que dicha emergencia devenga regla perenne del sistema?

4 Al respecto, resulta ilustrativo el concienzudo análisis de della Porta, D. y Vannucci, A. (1994), *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, Il Mulino.

Porque este rol de “suplencia exasperada” ejercido por la magistratura y la sobre-exposición que ello trae aparejado, tarde o temprano llevan a un tercer estadio: el enfrentamiento entre poderes: poder político y magistratura, que en el caso italiano se viene registrando desde 1995.⁵

Así, de la discusión acerca de las garantías del proceso a los particulares, se pasó a un estadio distinto en el que se debatían (y aún hoy se debaten) las garantías de los poderes en sus relaciones recíprocas. Porque “(...) el compromiso de la magistratura en una polémica tan acentuada termina por agredir y por atacar tal vez al último amortiguador social, la magistratura misma, hasta ahora vista como instrumento en grado de atenuar, atemperar y resolver los conflictos sociales”.

Lo que se pidió a la magistratura fue recuperar valores de “transparencia” y de “eficiencia”, erigidos como los dos valores cardinales de la experiencia cultural de *Mani Pulite*. Pero la comprensión del tercer valor, *el de la cultura de la legalidad*,⁶ que garantice un futuro mejor a la sociedad italiana, parecía no estar claro (y aún lo parece) ni para la dirigencia en general, ni para la opinión pública.

Por otra parte, en el proceso *Mani Pulite*, se plantearon ciertos cuestionamientos acerca de la “legitimidad” de los métodos utilizados o que se pretendió utilizar; por ejemplo, en la propuesta de ley hecha por el pool —*propuesta de Cernobbio*— se incluía la fórmula: “si confiesas serás exento de la pena”, y en dicha promesa se pretendía introducir en el código una verdadera garantía de impunidad. Tal fenómeno tiene parentesco con el uso de la figura del “arrepentido”, utilizada especialmente para la lucha antimafia. Pareciera, entonces, que se ha transferido una misma corriente y un mismo método de la lucha contra el terrorismo a la lucha contra la mafia, y finalmente a la lucha contra la corrupción. Seguramente la elección de tal metodología —inducir a la confesión, por ejemplo, a través del uso de la prisión preventiva en forma generalizada y no sólo en casos de peligro como lo establece el código— es-

5 Sirva como dato ilustrativo recordar que el proceso de *Mani Pulite* comenzó con la investigación de políticos, siguió con el proceso a conocidos y poderosos empresarios (el ex Primer Ministro y empresario de los medios de comunicación, Silvio Berlusconi tenía en los noventa varios procesos abiertos) y luego continuó con los jueces, como el caso de la detención del jefe de la Procura de Roma, Renato Squillante el 12 de marzo de 1996, posteriormente con arresto domiciliario por razones de salud.

6 En este sentido es conocida su frase de que “... no se sale de Tangentopoli ni de Mafiacity sin expugnar Nerolandia”, aludiendo a la corrupción enquistada en el ciudadano común.

tuvo justificado en los casos del terrorismo y de la mafia, pero la pregunta es: *¿corresponde también utilizarla para enfrentar el fenómeno de la corrupción? Es decir, ¿la “emergencia-corrupción” tiene las mismas características de peligrosidad que la “emergencia-mafia”?*

El delito de asociación para delinquir de carácter mafioso es, a juicio del entonces Ministro de Justicia del primer gobierno Prodi, no tanto un delito contra el orden público o contra el orden económico sino, sobre todo, un delito contra el orden constitucional. De suerte que estaría en el mismo plano que el terrorismo, por lo que sería justificado responder con legislación de emergencia y normas excepcionales como las que se citaron. En cambio, siempre desde su perspectiva, *¿es acertado que la corrupción —que en ciertos coeficientes es desgraciadamente una constante en todo sistema— devenga una situación patológica, que hace crónico y torna permanente un estado de emergencia del mismo tipo del estado temporal declarado para el terrorismo y para la mafia?*

Más preocupante aún, y decisivo desde la perspectiva del activismo judicial, es el hecho de que, *mientras para la emergencia-terrorismo y para la emergencia-mafia hubo intervenciones legislativas ad hoc, para la emergencia-corrupción prácticamente se ha dejado toda la tarea sobre las espaldas de la “suplencia” de los magistrados, que han tenido que adaptar a dicha emergencia, instrumentos “ordinarios”.*

Así emerge el fenómeno de *Mani Pulite*, como un caso de “activismo judicial”. Y el mismo se manifiesta, por ejemplo, en la discrecionalidad detectada en el uso de la *prisión preventiva*: a veces como arma disuasoria para forzar al reticente a declarar; a veces a modo de forma compensatoria y preventiva de expiar —al menos mínimamente— las culpas que se atribuían al imputado.

Es en este punto donde aparecen *nuevos actores*, que podría caracterizarse de “ajenos” al proceso en tanto no constituyen parte involucrada, pero que acaban por desempeñar un rol crucial: se trata del impacto de los medios de comunicación masiva y de la opinión pública como una “entidad” que reclama resultados. Tal circunstancia, en no pocos casos, tuvo un gran impacto en la decisión de algunos jueces (GIP) que autorizaron la aplicación de este tipo de medidas —a veces poco justificables—, a requerimiento del PM, debido al peso potencial de ciertos procesos de alto impacto social. Comprobar tal circunstancia, nos remite nuevamente al punto de partida: *¿cómo evitar que el proceso a los particulares no se transforme en un proceso al sistema? O, dicho de otro modo:*

- el celo en la aplicación escrupulosa del procedimiento y de las normas vigentes por parte de la magistratura, en condiciones de parálisis o “letargo”

legislativo, ¿resulta funcional o, en cambio, deviene en una conducta disfuncional al saneamiento del sistema?

- ¿Puede la magistratura ejercer “activismo judicial” sin salirse de los límites que impone el equilibrio republicano de poderes?
- Los costos de que la magistratura asuma tal conducta, ¿justifican a largo plazo los beneficios obtenidos a través del ejercicio de ese rol atípico?

La aplicación de la norma de la prisión preventiva propone otra vez la distinción entre *hechos de mafia* y *hechos de corrupción*. Mientras en los primeros hay también un coeficiente de violencia, de intimidación que crea alarma social, en los hechos de corrupción esto no existe. Sin embargo, el legislador no ha querido limitarse a los delitos que presuponen violencia, por lo que ha incluido todos aquéllos “de la misma especie”, excluyendo los menos graves, a través del umbral de los cuatro años de pena máxima.

Y *Mani Pulite*, utilizando esta previsión del código, ha querido también lanzar un mensaje fuerte, que en ciertos aspectos es justo: “los hechos de corrupción son peligrosos justamente porque no generan alarma social; es más, son doblemente peligrosos porque quien los comete está inmerso en posiciones de responsabilidad y de poder, y puede continuar cometiéndolos sin que ellos emerjan”. Por ello, se ha considerado que el único modo para impedir que continúen cometiendo ilícitos ha sido el de sacarlos de esa situación de poder. Y la única manera fue a través de la prisión preventiva, con el corolario final de que, en caso de confesar, se convierten en no-confiables para los cómplices.⁷

7 Flick relata una conversación con uno de los PM de *Mani Pulite*, hablando de la “ortodoxia” de este método, decía: “(...) Yo necesito que se haga inconfiable (el imputado) o a través de la confesión o a través de su automarginación del sistema, que en todo caso le consiente continuar ocupando esas posiciones de poder”. En tal sentido, hay PM que no se escandalizan en lo más mínimo por la aplicación de la prisión preventiva como adelanto de la pena, y recuerdan que en el ordenamiento italiano se han sucedido 37 amnistías en 40 años, y que la pena definitiva, cuando está por llegar, se encuentra próxima a la prescripción o ya ha prescrito. En efecto, en un artículo publicado por *Il Corriere della Sera*, el PM Gerardo Colombo señaló que de las 1200 personas que el *pool* consideró que estaban incurso en causas cuya competencia era de otros tribunales, éstos absolvieron, por falta de mérito, entre un 14 y 15% de casos (frente a una media nacional que gira en torno al 21 o 22%) pero, subraya el PM: *hay cerca de un 30% de prescripciones*. Y si se considera que muchas sentencias no son definitivas, *el porcentual de las prescripciones está destinado a duplicarse* (“*Mani Pulite?* Il 60% svanirà nella prescrizione”, en *Il Corriere della Sera*, 7-2-2002).

En ello radica el despliegue, y el sustento, del “activismo judicial” desarrollado por *Mani Pulite*; pero, sin lugar a dudas, uno de los enormes méritos de *Mani Pulite* ha sido *subrayar el nexo entre corrupción y economía, y entre corrupción y mafia*; así como también poner en evidencia las lagunas de las normas de derecho al respecto.

Mientras, en el orden de las carencias, efectos negativos o “no queridos”⁸ del fenómeno *Mani Pulite*, debemos volver a la cuestión de las interpretaciones diversas, recordando el tema de los márgenes que la redacción de los textos legales deja para posibles interpretaciones divergentes. En tal sentido, dicha situación en ocasiones dio lugar a fenómenos colaterales como el de crear en el imaginario colectivo la idea de una “fiscalía buena” y una “fiscalía mala”. Es el caso de la óptica romana (Procura de Roma) que configuraba la concusión del empresario, considerándolo víctima, mientras la óptica milanesa (Procura de Milán), en los mismos hechos, suponía el concurso en corrupción del empresario, considerándolo cómplice del hecho ilícito. Así, se ha llegado a contraponer el “activismo” de ciertas fiscalías como la de Milán, Nápoles y Palermo, frente a la inercia de otras.⁹

II. Apuntes sobre la evolución de la Magistratura: el debate al interior de la corporación

La autora española *Cristina García Pascual*¹⁰ afirma que el ordenamiento jurisdiccional en Italia tiene un carácter singular, fruto de haber llevado hasta las últimas consecuencias algunos de los principios más característicos de la función judicial en un Estado constitucional.

En efecto, la actual organización judicial italiana tiene su antecedente más directo en el *Statuto Albertino* (1848) del Reino de Cerdeña y en las

8 Para más información ver: Colajanni, N. (1996), *Mani Pulite? Giustizia e Politica in Italia*, Milano, Mondadori.

9 En este sentido —tal como se señala en nota 5 *ut supra*— la Procura de Milán inició una línea de investigación que la llevó a comprobar la participación de magistrados romanos en el cobro de coimas para frenar o favorecer procesos en los que se hallaban involucrados empresarios milaneses. En esa línea se inscribió la prisión preventiva —y luego el arresto domiciliario— del jefe de la Procura de Roma, Renato Squillante. Posteriormente (mayo/98) la Procura de Milán dictó el procesamiento de Squillante, Cesare Previti (conexión en el Parlamento) y Berlusconi, ex primer ministro, por encontrar suficientes pruebas en su contra.

10 García Pascual, C., “Legitimidad democrática y poder judicial” (Cristina García Pascual, Generalitat Valenciana).

disposiciones normativas que, tras la unificación, llevaron a la implantación del derecho piamontés en el resto de Italia. Con el advenimiento de la Primera República y la Constitución de 1948, hubo toda una evolución que permitió el paso del Estado liberal al Estado constitucional. En ese contexto histórico, se verifican algunas tendencias de cambio, de las cuales, la más trascendente parecería ser la vinculada con la forma y contenido de la función judicial. Las tareas instructoras, por ejemplo, adquieren una extremada relevancia en un país como Italia, especialmente golpeado por el terrorismo, la criminalidad organizada y la corrupción política. En consecuencia, lo que tradicionalmente eran tareas secundarias, respecto al núcleo del proceso que sería el debate entre las partes, adquiere una importancia inusitada, convirtiendo al juez más en instructor que en árbitro.

En ocasión de la reforma constitucional, comienza a instalarse el “debate asociativo” dentro de la corporación, que culmina con la llamada “Magna Carta de la Magistratura”.

Así, la voluntad de formular reclamos concretos a los constituyentes estimuló un debate en la *Associazione Nazionale Magistrati* (ANM) dirigido a clarificar posiciones y a definir un programa que codificado en los numerosos convenios, concretamente en la Asamblea Nacional de la Asociación del 3 de junio de 1946, se convertirá en la guía teórica de la acción en el decenio sucesivo.

Considerar el conjunto de valores jurídicos unitariamente sostenidos por la magistratura asociada resulta interesante, para luego examinar cómo se pasó de la unidad a la pluralidad ideológica o de corrientes asociativas, teniendo en cuenta que los magistrados lograron ver reflejada gran parte de sus ideas en la Constitución de 1948. A este propósito la autora sigue la sistematización que hizo el sociólogo italiano Enzo Moriondo de los valores contenidos en la llamada “ideología de la magistratura”, basándose en el estudio del órgano de prensa de la ANM, la revista *La Magistratura*.

Para el sociólogo italiano podrían distinguirse, dentro de las ideas de la magistratura en aquellos años, tres tipos de valores o fines: 1) generales o fines autónomos, 2) particulares o fines instrumentales y 3) límites.

Respecto del primer grupo cabe destacar que—a juicio del autor—los valores autónomos fueron la democracia y la libertad, términos que recurrentemente aparecían en la publicación de la ANM. Sin embargo, la concepción que se tenía de ambos fines era del todo genérica e imprecisa. En este sentido, algunos

autores, aun reconociendo que las referencias a la libertad y a la democracia eran frecuentes, consideraron que su uso superficial las convertía más en cláusulas de estilo que en fines a perseguir.

Como lectura conclusiva puede afirmarse que el programa de reivindicaciones de jueces y magistrados, denominado “Magna Carta de la Magistratura”, hacía hincapié en un modo específico de entender la independencia y la autonomía de la magistratura. La reivindicación de los llamados “valores límite” y su configuración traducen, como en los años del liberalismo y también del fascismo, una idea de independencia judicial concretada en el deseo de un efectivo alejamiento de los jueces de la sociedad; es decir, se pretendía negar cualquier dimensión política a la actividad del juez, para el que se reivindicaba un estatuto más parecido al de un funcionario que al de un cotitular de un poder del Estado. La paradoja que señala García Pascual es que la proclama se hace no como funcionarios sino como detentadores, en definitiva, del llamado tercer poder.

La sanción de la Constitución de 1948 trajo algunas consecuencias. Tal vez la más importante sea la certeza de que para alcanzar la autonomía del poder judicial será esencial la institucionalización y desarrollo del *Consiglio Superiore della Magistratura*, que proporcionará a dicho poder (difuso, por excelencia) una imagen unitaria y una representación adecuada para mantener un diálogo con la sociedad y con los demás poderes del Estado. En ese derrotero, la ANM desempeñó un rol destacado.

En los años cincuenta, la organización de los jueces dio lugar a determinadas actitudes de la magistratura, cuya referencia en este análisis resulta insoslayable. En efecto, el modo en que se plantea el problema de la apoliticidad y de la no sindicalidad, confirma el carácter corporativo. A criterio de la autora, este concepto de “apoliticidad” peca de superficial y no resuelve el problema de cómo ser “apolíticos” en el desarrollo de una actividad que a menudo es política. Por otra parte, pone en evidencia el miedo tradicional de ver irrumpir las categorías de lo “político” en un universo que se quería sustraído a su presencia, categorías que habrían destruido las nociones tradicionales del juez súper-partes.

En los años sesenta, y siempre a partir del estudio del órgano de expresión de la ANM, se observa que el rol de la magistratura no pudo sustraerse a la característica que esos años tuvieron en todo el mundo, surcados por grandes inquietudes ideológicas y una gran movilización ideal a la que no fueron ajenos los operadores del derecho. En el ámbito de la cultura jurídica se produce en

Italia una modernización de las teorías y paradigmas científicos imperantes. Concretamente, y en el seno de la filosofía del derecho, tiene un amplio desarrollo la filosofía analítica desde cuyos presupuestos se cuestionan las bases del ius-positivismo formalista. La magistratura italiana también se verá imbuida en este proceso de renovación de viejas teorías jurídicas, dejándose influir especialmente, al menos en dos importantes cuestiones, por la “teoría de la interpretación”, que permitirá a los jueces ser conscientes de sus propias capacidades creativas de derecho, y por la “teoría de las fuentes”, que pondrá de manifiesto el carácter inmediatamente normativo de la Constitución.

Confluyen así elementos clave que culminarán en un rol más activo de la magistratura italiana. Esos elementos son:

- las bases de una nueva cultura jurídica y de nuevas condiciones institucionales,
- la ANM en manos de los magistrados más jóvenes.

Así, se desarrollará en el seno de la magistratura un movimiento de reflexión sobre la función del juez y sus relaciones con el mundo de la política y con la sociedad civil, y un encendido debate que dará nuevas fuerzas a la dimensión asociativa.

El tema de la interpretación-aplicación que de las normas realizan los jueces, centrado a menudo en la actuación de la Constitución, pasa al primer plano de la discusión, adquiriendo progresiva relevancia con el transcurso de los años.

El Congreso de la ANM en Gardone, en 1965, constituye el definitivo punto de inflexión en la tradicional concepción que de la propia función mantenían los jueces italianos. Es muy significativa, en este sentido, la ponencia de Maranini que inaugura el congreso y que gira en torno a *la participación de los jueces ordinarios en la dirección política, en la medida en que deben valorar los textos normativos a la luz de los dictados constitucionales*.

Maranini plantea, por un lado, la relación del juez con la Constitución y, por el otro, el carácter político y no meramente técnico de la función judicial. Sobre ambas cuestiones giraría el núcleo discursivo del congreso. En Gardone se afirmó la oposición a las tesis que pretendían reducir la interpretación judicial del derecho a una actividad puramente formalista, indiferente al contenido y a la incidencia concreta de la norma en la vida del país.

Se defendió así un modelo de juez consciente del alcance político-constitucional de su propia función de garantía, capaz de asegurar, aun dentro de los límites de la subordinación a la ley, una aplicación de la norma conforme a las finalidades fundamentales deseadas por la Constitución.¹¹

La ley debía ser una actuación o una aplicación de los principios fundamentales de la propia Constitución y por ello los jueces asumían como guía interpretativa el texto constitucional, desde cuya imprecisión y ambigüedad entrarán en el ámbito de la actuación política en directa concurrencia con el Parlamento.

En efecto, a partir de allí se inicia el camino que devendría en el activismo judicial.

Toda la discusión o reflexión que se desarrolló en el marco asociativo se centró, pues, en la función judicial en su dimensión individual, es decir, en el problema de la interpretación de las normas jurídicas. Será en esa misma dimensión individual donde se apreciará, ya en los años sesenta, un fenómeno de expansión o difusión del poder judicial traducido en la ampliación del poder de cada uno de los magistrados (considerados individualmente) y, en este sentido, en el correspondiente alejamiento del cuerpo judicial de las lógicas de funcionamiento burocrático. La exaltación de la dimensión individualista de la función de los magistrados conllevaría la percepción del poder judicial como un "poder difuso", esto es, diferenciado en su interior y sometido a las imprevisibles contingencias de los comportamientos de los jueces y que, no obstante, se presenta al exterior como un poder fuerte, identificable y unitario.

Esta última característica, que permite la combinación de exaltar su dimensión individualista con una imagen unitaria y fuerte, se relaciona en forma inmediata con la *efectividad* que la magistratura tendrá *a posteriori*, como portadora de un mensaje de garantías hacia el cuerpo social.

11 En ella se considera que la relación entre la Constitución y la ley ordinaria se puede concebir de tres modos: la autora cita la clasificación que G. Tarello presenta en *Cultura giurídica e politica del diritto*: 1) la Constitución constituye el límite del legislador ordinario que no puede legislar contra posiciones subjetivas específicamente tuteladas por la Constitución (es la concepción básica); 2) la Constitución además constituye una guía a la luz de la cual debe ser interpretada toda la legislación ordinaria (es la concepción elegida por los jueces italianos); 3) la Constitución está con la legislación ordinaria en relación de fundamento, de tal manera que toda la legislación ordinaria es considerada como actuación y aplicación de los principios fundamentales de la propia Constitución ((1988), Bologna, Il Mulino, pp. 364-365)).

La función judicial se introduce, progresivamente, en el campo de concurrencia con los poderes de naturaleza política y con ello se plantearían todos los problemas relacionados con la legitimidad democrática del poder judicial. Los magistrados, consecuentes con su nuevo poder político, comenzaron a percibirse como organismos representativos, esto es, como detentadores de un poder fundado en un elemento de consenso. Si los magistrados consideran su función como política, parece obvio que también política debiera ser su responsabilidad.

Esta lógica lleva a que se abran las puertas del debate público en torno a la responsabilidad y elección (problemas de la arena política) de los cargos jurisdiccionales, que se desarrollará con especial vivacidad en las décadas posteriores.

Haciendo una breve reseña sobre las corrientes de opinión en la ANM, es de destacar que a partir de 1964 la ANM se articulará en tres corrientes que Guarnieri cita, situándolas, con base en la ideología que manifestaban sus programas, de izquierda a derecha, como:

- Magistratura Democrática (MD),
- *Terzo Potere* (TP), y
- *Magistratura Independiente* (MI).

En 1969 nacerá de MD el subgrupo *Impegno Costituzionale* (IC), que se fundirá en 1971 con una parte de TP, formando TP-IC. En ese año, sin embargo, la diversificación de corrientes no había hecho más que empezar.

Magistratura Democrática siempre ha representado la corriente más a la izquierda dentro del cuadro del asociacionismo italiano y a pesar de su pequeño número de miembros constituyó, como indica Pizzorusso, el grupo que más ha contribuido en Italia al desarrollo de la reflexión sobre la función del juez en la sociedad contemporánea.¹²

12 El sociólogo italiano Pappalardo muestra, por ejemplo, cómo en toda la historia de MD se dan dos componentes ideológicos, uno de inspiración marxista y otro liberal, además de poner en evidencia las tradicionales divisiones regionalistas de la magistratura italiana, entre los jueces milaneses, propulsores de numerosas iniciativas dentro de la ANM, y aquéllos de sedes como Nápoli o Torino, ligados a concepciones más burocráticas. Esta división ha sido muy interesante a propósito de los acontecimientos acaecidos en Italia hacia 1996, cuando un grupo de jueces milaneses alcanzó un gran protagonismo en la vida pública, por su activismo ante la corrupción política, frente a otros jueces de partidos judiciales más al sur del país que mantenían una anacrónica pasividad.

Para Guarnieri, el carácter progresista de esta corriente le viene de su referencia continua a los valores constitucionales y a la necesidad de su aplicación en la concreta *praxis* judicial, además del intento de superar la óptica “corporativa” de la acción asociativa a través de su “recalificación ideológica” de tipo constitucionalista y de su vinculación con las fuerzas reformadoras de la cultura o con las fuerzas políticas.

Impegno Costituzionale, que después se fundiría con un sector de *Terzo Potere*, exige una posición “constitucionalista” de la magistratura, aunque rechaza el colateralismo con las fuerzas políticas propugnado por MD. IC-TP reivindicarían principalmente un amplio programa de reformas para aumentar el rendimiento de la máquina judicial.

Magistratura Independiente, que representaba una posición de centro derecha, aprovechó bien la polémica y posterior escisión de MD que le permitió gozar de una hegemonía tanto a nivel de la ANM como en el *Consiglio Superiore della Magistratura* (CSM). Mantenía un programa en torno a tres puntos: autonomía, independencia y apoliticidad, y a partir de ellos consideraba que la función judicial no debía participar en el poder de dirección política: cualquier relación con el sistema político debía pasar a través y exclusivamente del CSM. Los contactos con la “política” eran vistos como un motivo de división de la magistratura, como una causa que debilita su autonomía y su fuerza contractual frente al gobierno. Desde esa concepción, el juez no debe, en ningún caso, ejercer un papel político sino limitarse a una aplicación “técnica” de la ley. La politización de la actividad judicial provocaría una exigencia del sistema político de control y el final de cualquier tipo de independencia. En definitiva, ningún contacto del juez con la “política” y ninguna interferencia en la actividad del juez, ya sea que provenga del sistema político o de los otros jueces.

Tras la escisión, MD perdió gran parte de su influencia tanto en la ANM como en el CSM, donde las corrientes de izquierda, sobre todo durante la tercera legislatura, habían tenido un notable peso. La cuarta legislatura del CSM se caracterizó por la hegemonía de MI, que sometió a los exponentes de MD a una verdadera persecución a nivel disciplinario, llegando al extremo de incriminaciones penales.

En los años setenta, comienza una disputa y eventual “suplencia de la función legislativa” por parte de los jueces, a partir del uso alternativo del derecho; en efecto, es durante esos años que se reducen, aún más, las siempre existentes tensiones entre el poder ejecutivo y la magistratura, a la

vez que se desata una viva polémica de carácter competitivo entre los poderes legislativo y judicial. Y aunque al final de los años sesenta el debate podía todavía reconducirse a los problemas de la interpretación, en la década de los setenta aparece cada vez con mayor evidencia la necesidad de reflexionar o de plantearse el “papel” de la magistratura en el ámbito de la política.

Las relaciones del poder judicial con el legislativo fueron tratadas a través de la llamada “suplencia judicial”. Ésta significó la asunción por parte de la magistratura de funciones que tradicionalmente pertenecían al poder legislativo; el fenómeno al que nos hemos referido anteriormente como “activismo judicial”.

Pero, ¿cuáles son las condiciones para que este fenómeno emerja en una sociedad democrática?

En el caso italiano, y conforme al estudio que aquí citamos, los factores que hubieran hecho posible que el poder judicial suplantara al legislativo, serían:

- por un lado, una especie de carta blanca concedida a la magistratura, por implícito consenso entre las fuerzas políticas, en el contexto de la lucha contra el terrorismo. De tal consenso, surgirán una serie de leyes de emergencia que amplían de manera desmesurada los espacios de discrecionalidad del poder judicial (sobre todo del Ministerio Fiscal), “resquebrajando el principio de estricta legalidad penal, deformando la estructura del proceso penal y rebajando en gran medida el nivel de garantías”,¹³
- por otro lado, un cambio de actitud de la magistratura que se refleja muy bien en los debates en el seno de la ANM.

En el ámbito asociativo, todavía en los primeros años de la década del setenta, se discutía sobre el paradigma cientificista del derecho, algo que, muchos años antes, ya había sido discutido en sede doctrinal. En este clima de debate, surge una corriente de pensamiento que tiene su sede en Magistratura

13 A efectos de un inevitable análisis comparativo, me planteo este interrogante: ¿sería lícito pensar en este resultado (de una magistratura comprometida “corporativamente” y no “aisladamente” con la sociedad), como una consecuencia positiva adicional de la que la sociedad argentina se habría beneficiado, si la lucha contra el terrorismo se hubiese encarrilado por los cauces de la legalidad? La existencia de 30.000 desaparecidos al margen de la actuación judicial es, sin duda, un hecho que define el alcance de la cultura política de la sociedad argentina en aquellos años, muy diferente a la lucha contra las Brigadas Rojas en Italia.

Democrática y que se manifiesta por vez primera con cuerpo teórico durante una reunión celebrada en Catania en los días 15,16 y 17 de mayo de 1972.

En la reunión de Catania, el problema de la aplicación-interpretación del derecho será abordado desde la perspectiva teórica del materialismo histórico, dando como fruto las tesis conocidas bajo el nombre de “uso alternativo del derecho”.

Asimismo, y a efectos de una mejor apreciación de contexto, debe tenerse en cuenta que en los setenta coexistían aún, en el ordenamiento jurídico italiano, junto con el texto constitucional inspirado en los valores de la democracia y la libertad, leyes emanadas bajo el régimen fascista como el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Texto Único de la Ley de Seguridad Pública o el Reglamento Penitenciario, inspirados todos ellos en principios autoritarios y poco democráticos.

De los textos que se han citado, surgiría que el artículo 3 de la Constitución estaría en la base del activismo judicial; en efecto, aquéllos que se erigían en defensores del uso alternativo del derecho, precisamente hacían especial hincapié en la posibilidad de hacer una interpretación de las normas, coherente con el referido artículo de la Constitución italiana, donde dice: “Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país”.

Con base en la preeminencia de la Constitución (concretamente de su artículo 3), sobre todas las otras normas del ordenamiento jurídico, desde el “uso alternativo del derecho” se hace un llamamiento a los operadores jurídicos a:

- realizar los principios y valores constitucionales específicamente democráticos a través de la *praxis* judicial;
- interpretar todas las normas atendiendo a los dictados constitucionales o, mejor dicho, dándoles una interpretación (progresista) distinta de la habitual (conservadora).

No obstante, el final de los años setenta demostró que algunos de los ideales de la magistratura más comprometida políticamente tuvieron que enfrentarse con los imperativos de la realidad. Es que la situación política, en cuyo contexto los fenómenos del terrorismo y de la criminalidad organizada tuvieron un

impacto enorme, llevó a aumentar notablemente los poderes procesales de los jueces, trasladando el núcleo del proceso de la vista a la instrucción.

De modo que —a juicio de sus críticos— el proceso perdió muchas de sus garantías, adquiriendo definitivamente un carácter de proceso político. En otras palabras, los complejos fenómenos delictivos restringen cada vez más la hipótesis de una justicia que pueda funcionar como máquina re-distributiva de bienes o multiplicadora de derecho: la magistratura se encuentra ante la necesidad de ejercitar un papel preeminentemente penal o represivo. La extensión del control de legalidad, la obligatoriedad de la acción penal, y la capacidad de tomar iniciativas de algunos magistrados son los elementos de un activismo judicial que se va configurando con un carácter fundamentalmente penalista.

Para muchos políticos, ante las difíciles circunstancias socio-políticas por las que atravesaba la República, el activismo judicial significó descargar sobre los jueces el peso de muchos problemas que ellos mismos no sabían solucionar.

ElCSM hereda de la magistratura organizada, esencialmente, la problemática de la identidad política del poder judicial, esto es, el tema de sus relaciones con los demás poderes y el del reconocimiento oficial de sus inclinaciones ideológicas nacidas en la ANM. Durante estos años el Consejo abandonará progresivamente su dimensión meramente técnico-administrativa para extender sus competencias a cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la administración de justicia: es el llamado poder de dirección que requiere situarse en una perspectiva amplia y estrictamente política.

El fin de los años setenta traen nuevos cambios; en el Congreso de Rimini de 1977 los que habían mantenido una línea cercana a los tradicionales partidos de izquierda fueron reducidos a una minoría y se afirmó que la corriente MD" debía comprometerse a garantizar un completo y libre desarrollo de las legítimas dinámicas sociales nacidas de la crisis, aunque fueran consideradas contrarias respecto a las estrategias predominantes en el movimiento obrero".

Se abandona de las tesis alternativas aquella parte que era más difícilmente justificable y la ideología de muchos magistrados progresistas se desliza hacia una teoría garantista del derecho.

Como ya se adelantó, el *Consiglio Superiore della Magistratura* debía ahora enfrentar los problemas de la independencia judicial. Dicha tarea será llevada a cabo desde los años ochenta hasta la actualidad.

Es de destacar que en la década de los ochenta se dio un definitivo empobrecimiento de la vida asociativa, de manera que ya no será posible describir o seguir la historia de la magistratura italiana estudiando las vicisitudes de la ANM. Ello —sin lugar a dudas— también está indicando un cambio de contexto, porque el CSM había reproducido en su interior, a escala reducida, las diversas corrientes ideológicas de la ANM.

A efectos de una mejor apreciación acerca de este órgano, se recuerda que los miembros togados son elegidos a través de un sistema electoral proporcional; y que los miembros legos tampoco carecerían de ese carácter representativo al ser elegidos por las distintas fuerzas políticas del arco parlamentario. El CSM se convierte, de este modo, en un órgano doblemente representativo: si por un lado representa a los jueces italianos y a sus diversidades ideológicas, por otro puede considerarse representativo, por vía indirecta, de los intereses generales.¹⁴

Pero los ochenta no sólo serán los años del despertar de los problemas de la independencia interna para los magistrados; en efecto, la cuestión misma de la definición de su entidad frente a los otros poderes llevará a que las circunstancias socio-políticas italianas sitúen a su órgano de autogobierno en el centro de una espiral de conflictos con otras instituciones del Estado, conflictos que podrían interpretarse como ataques a la independencia externa de la magistratura.

El ya indicado carácter representativo que había adquirido el CSM y, consecuentemente, el aumento de su relevancia política, le confieren un protagonismo inusitado en la vida pública italiana, gracias, en gran medida, a la publicidad que de sus decisiones hacía la prensa.

Se verifica en estos años, un cambio en la actitud de los políticos frente a los magistrados cuyo activismo había dejado de serles útil y empezaba a inquietarles.

Con la discrecionalidad e independencia conquistada en la década anterior, los jueces se enfrentarán con más intensidad a difíciles y polémicos procesos penales que, de algún modo puede decirse, desbordan o superan los límites de su función.

14 En este sentido, y a pesar de que el Consejo de la Magistratura argentino toma como modelo —explícitamente declarado como tal en la Convención Constituyente— al Consejo español, es muy importante esta condición mixta en cuanto a su representatividad, que nuestro Consejo comparte con el italiano.

Al respecto, en la bibliografía consultada se distinguen tres tipos de procesos:

- a) los procesos contra los terroristas de izquierda, donde se dan resultados muy espectaculares y se empieza a usar, con excelentes efectos, la figura del arrepentido;
- b) los procesos contra la criminalidad organizada, llevados con grandes dificultades derivadas de la desproporción creciente entre las medidas a disposición de las organizaciones criminales y aquéllas a disposición de la justicia (el seguimiento que de estos procesos hizo la prensa, evidenciando los casos excepcionales en los que el juicio no se llevó con las suficientes garantías y cuestionando el uso que se hizo de los arrepentidos, dio una imagen a la opinión pública de que la justicia, aunque luchaba contra los criminales, lo hacía con métodos ilegales);¹⁵
- c) por último, un tercer tipo de procesos penales dirigidos contra los políticos por crímenes de corrupción y por posibles vinculaciones con organizaciones criminales.¹⁶

Pero al protagonismo de los magistrados en el escenario público italiano todavía le faltaba otro giro. En 1991 una serie de procesos instructorios, llevados a cabo por un grupo de jueces milaneses por presuntos delitos de corrupción política, destapa toda una red de sobornos, pagos de comisiones o *tangenti* que salpican a la gran mayoría de la clase política italiana e involucran a empresarios poderosos.

Los jueces milaneses afrontaron una investigación que crecía en progresión casi geométrica y cuyas consecuencias impredecibles se extienden hasta la actualidad. Una vez más, se trataba de un proceso donde los efectos exceden a las partes implicadas y alcanzan a la entera vida política del país, cuando no al equilibrio de la propia democracia.

15 Todo lo cual culminó en 1997 con una reformulación de las garantías que se ofrecían al arrepentido, a favor de aumentar las garantías de la defensa en juicio del acusado. Esa modificación legislativa llevó a la virtual paralización de todos los procesos que se hallaban en curso contra jefes mafiosos, instalando en la sociedad el debate casi filosófico acerca de cuál era el *status* adecuado para escalar las garantías en ambos casos.

16 Para algunos autores este tercer tipo de proceso supuso la ruptura definitiva de la alianza entre políticos y jueces y la crisis del modelo de discrecionalidad-irresponsabilidad que había dominado el sistema político italiano durante muchos años.

Al decir de muchos comentaristas y analistas del fenómeno, esta operación —llamada *mani pulite*— cambió paradójicamente la percepción que en los últimos años la sociedad civil tenía de la magistratura italiana. Algunos de los jueces implicados en la operación se convirtieron, de la noche a la mañana, en héroes nacionales. Así como el referéndum de 1987 puso en evidencia cierta desconfianza social en la magistratura, los procesos contra la corrupción política situaron el mito de la justicia como reparadora de todos los males de la sociedad política.

Lo que para muchos sectores constituyó —y aún lo es— un fenómeno preocupante, no cabe duda que ha distinguido a la magistratura italiana; en efecto, el protagonismo adquirido por los jueces en Italia, desde luego bien puede interpretarse como el síntoma de una enfermedad del sistema político-constitucional en su conjunto; sin embargo, García Pascual encuentra que no es fácil compartir esas críticas.

Personalmente considero que más que hablar de una “enfermedad” del sistema político-constitucional, bien podría interpretarse como una salida sistémica, frente a una situación de crisis caracterizada, principalmente, por el hecho de que la dirigencia política (especialmente en su actividad legislativa) se encuentra rezagada respecto de las demandas sociales.

Los detractores del recurso al activismo judicial, tienden a exagerar enarbolando el fantasma del “gobierno de los jueces”. Difícilmente puede afirmarse que en Italia se haya instaurado un “gobierno de los jueces” y ello en razón de que éstos sólo figurativamente se unen en el poder judicial. En el ámbito jurisdiccional los jueces están divididos o actúan de manera individual, el poder que cada órgano judicial detenta no es usado por el conjunto de los órganos judiciales; los jueces, como se resalta en el análisis citado, proceden individualmente. Pero, ¿cuáles han sido los efectos de *mani pulite*?

Al respecto, sería acertado arriesgar que el problema ha sido mal planteado desde el principio. Como indicaron los propios jueces milaneses “no se puede afirmar que todo lo que se verifica en el exterior fuese el efecto del proceso. Parece más lógico, en cambio, dar la vuelta a los términos de la cuestión y afirmar que lo que se verifica en el exterior aparentemente como consecuencia del proceso, en realidad es consecuencia no de las actuaciones de los magistrados, sino de los comportamientos de los procesados”.¹⁷

17 García Pascual, C. cita a Colombo, G.; Davigo, P. C. y Di Pietro, A. (1993), “Noi obbediamo alla legge, non alla piazza” (a cura di G. Barbacetto), en *MicroMega*, No. 5, p. 12.

En la misma línea de análisis, acerca de la oportunidad de las investigaciones o en torno a la pregunta de por qué los jueces no actuaron antes, podrían hacerse dos consideraciones:

- por una parte, cabría afirmar que el momento de las actuaciones judiciales no proporciona, en este caso, más que una crítica formal, que en ningún caso resulta sustancial contra las mismas. El hecho de que la corrupción existiese antes y que no se hubieran realizado investigaciones tan completas como la llevada a cabo por los jueces milaneses no cambia en nada la situación concreta de ilegalidad abordada por ellos;
- por otra parte, los propios magistrados de la operación *mani pulite* ponen de manifiesto algo que, por obvio, algunas veces no es tenido en cuenta: los jueces y los magistrados no son seres aislados de la sociedad sino que, muy al contrario, comparten frecuentemente sus valores. En este sentido, en los últimos años se ha producido un cambio en la mentalidad de la opinión pública italiana que ha pasado de mirar con condescendencia determinadas prácticas delictivas a considerarlas extremadamente reprobables.

En palabras de los magistrados milaneses: “los magistrados han recorrido una serie de etapas paralelamente a la sociedad, porque los jueces no viven, ciertamente, en una isla apartada. No existen sectores separados por completo. El cambio de sensibilidad en la sociedad posiblemente también se ha verificado en algunos jueces”.¹⁸

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que la llamada operación *mani pulite* parece constituir el broche final de la historia de la magistratura italiana tras la posguerra, esto es, la historia de un “orden” que paulatinamente se ha convertido en “poder” rompiendo con la tradicional e histórica homogeneidad existente entre magistratura y política.

Desde esta perspectiva, la emergencia del fenómeno es producto casi “natural” de la evolución que hizo la magistratura y de cómo elaboró en su interior, como corporación, los cambios históricos que afectaron a la sociedad italiana desde la segunda guerra mundial en adelante.

Sin duda el poder judicial, en estos últimos años, ha puesto en jaque a la política italiana. A través de la nueva actitud de la judicatura frente al poder se ha hecho manifiesta la extendida ilegalidad de determinadas actividades

18 Colombo, Davigo y Di Pietro, *op. cit.*

políticas y se ha mostrado la ilegitimidad fáctica de muchos de los detentadores de importantes cargos políticos en las últimas décadas en Italia. Todos los análisis coinciden, sin embargo, en que la única víctima —en caso de serlo realmente— sea el sistema de partidos. El poder judicial difícilmente saldrá inmune del proceso en el que no han faltado sus propios errores.

En este sentido, la gran mayoría de los actuales partidos políticos, llamados a gobernar Italia en los futuros años, recoge en sus programas drásticas medidas de reforma del ordenamiento jurisdiccional. Curiosamente, no parece que esa reacción contra los magistrados se justifique en los errores antes mencionados, sino más bien en la potencial y manifiesta capacidad del Poder Judicial para limitar la actividad política. Es por ello que las medidas de reforma relacionadas con el poder judicial, propuestas políticamente, no están tanto centradas en paliar la ineficacia evidente de la maquinaria de la justicia, dirigidas a aumentar o hacer eficaces las garantías del proceso, sino antes bien al cambio del estatuto de los jueces y fiscales, a la reducción de las competencias del CSM y, en definitiva, a la velada reivindicación de una vuelta atrás en el camino recorrido por la magistratura italiana desde 1948 hasta la actualidad.

A esta altura resulta procedente la reflexión acerca de la capacidad del poder judicial para limitar la actividad política. Y surge una pregunta, casi insoslayable: ¿será que las democracias deben resignarse a que la única dimensión posible en la política de masas necesita de las prácticas cuasi ilegales? ¿Por qué no debatir sobre la herramienta que una magistratura temporalmente activa podría significar para la construcción de una nueva y más “limpia” forma de hacer política?

III. Corolario

Que la magistratura italiana haya evolucionado hacia una toma de conciencia de su rol político y social (cubriendo, por qué no, un espacio que en ocasiones la incapacidad de los políticos dejaba llenar frente a su falta de respuestas a las crisis), sólo fue posible porque —a pesar de la inicial convivencia entre magistrados y normas del régimen fascista con magistrados y normas de las sucesivas legislaturas de la República—, se dio un gran, extenso y profundo debate ideológico en el seno de la ANM, organismo representativo de la corporación.

Es sumamente valioso el camino recorrido por la magistratura italiana en las décadas del sesenta y ochenta, principalmente, por cuanto el devenir posterior reflejará precisamente el debate intenso al que dicha magistratura se somete, a la luz de los acontecimientos históricos que jalonaron esas décadas, y que pone

de manifiesto, palmariamente, que la magistratura no era, ni quería ser, ajena al acontecer de la sociedad.

Es por ello que puede decirse, sin riesgo de exagerar, que la magistratura italiana no se aísla ni se divorcia de la realidad a la que la sociedad, a la cual pertenece, fue paulatinamente sometida en esas décadas. De allí la vocación de protagonismo social que la ha caracterizado en los últimos tiempos.

IV. Conclusiones y análisis comparado

En esta exposición se procuraron señalar, a grandes rasgos, las características que constituían el “diagnóstico” de la sociedad italiana y, en términos de conceptualización del “activismo judicial”, destacar cuáles son las causas que llevan a que dicho fenómeno emerja como la única respuesta “sana” del sistema, en tales coyunturas. En ese sentido, lo que impulsa a la magistratura a asumir un rol más activo es una situación de vacío o parálisis del legislador (o una carencia marcada en dar las respuestas que la situación demanda y, especialmente, con el alcance que la demanda social requiere) en el marco de una situación definida como “crítica”.

Una variante de esta característica central es la actitud de la dirigencia política cuando, inerte frente a su propia crisis y la de la sociedad, prefiere que se dirima en el ámbito de la justicia lo que el sistema político ya no puede resolver. Coloca en manos del judicial —de algún modo— la redefinición misma de las reglas de juego del sistema, ahora desnaturalizadas por la exacerbación errática del principio político de que “todo se negocia”. Y el judicial no está preparado para ello, ni debe hacerlo.

En el caso del pool milanés de *Mani Pulite*, la magistratura avanza porque la clase política no acierta a dar respuestas “políticas” (soluciones) a las grandes demandas de justicia de la sociedad italiana. En ello debemos señalar tres etapas: las soluciones demandadas para dar respuesta al terrorismo, las requeridas para dar una respuesta a la mafia y, posteriormente, las necesarias para dar una respuesta a la corrupción. En rigor de verdad, las respuestas legislativas para los dos primeros casos constituyeron instrumentos bastante adecuados; pero cuando la magistratura, asumiendo un activismo particular (porque utilizó una metodología y una legislación que no estaban pensadas para ese delito, y lo hizo por el vacío legislativo), avanzó en la lucha contra la mafia hasta vislumbrar la conexión mafia-partidos políticos (y mafia-coalición gobernante) se configuró una situación caracterizada por: una profunda

crisis político-institucional; una escasa respuesta legislativa a las urgencias planteadas por los nuevos acontecimientos; y una creciente demanda de la opinión pública. En este caso, lo que estaba en juego, era la supervivencia misma del sistema.¹⁹

Desde luego, son vastas las críticas que cuestionan este proceso, desde aspectos de procedimiento hasta cuestionamientos filosóficos nada desdeñables. Como toda respuesta nacida de los hombres es perfectible, y en modo alguno constituye un “modelo de perfil” a adoptar por el judicial.

Sin embargo, el estudio de tal fenómeno resulta válido y atendible, en cuanto plantea y ofrece una respuesta o salida concreta desde el punto de vista institucional. En efecto, como el presupuesto básico del “activismo judicial” es que para que éste resulte funcional al sistema debe ser llevado adelante por hombres no sólo capaces técnicamente sino también —y fundamentalmente— capaces de ejercer la prudencia y el auto control para saber cuándo se debe avanzar y cuándo no, resulta una herramienta válida y, en ocasiones, necesaria cuando los otros engranajes político-institucionales no advierten que el ritmo de la sociedad y de sus demandas ha cambiado.

La Argentina de los noventa presentaba una coyuntura social que guardaba ciertas semejanzas con la situación social italiana de entonces, cuyo contexto dio origen a que emergiera el fenómeno de *mani pulite*. Y, no obstante el tiempo transcurrido y ciertos cambios institucionales, más allá de las visibles diferencias entre una sociedad y otra, es cierto que, desde el punto de vista del diagnóstico, la sociedad argentina actual atraviesa, al menos, por los mismos interrogantes, que podrían resumirse en uno solo: ¿Cuál es la salida institucional que permita dar una respuesta a los insistentes reclamos sociales respecto de la seguridad en sentido amplio, posibilitando de ese modo el recupero de la credibilidad en la justicia? A efectos de poder aproximar una respuesta a este interrogante genérico, se sugiere abordar la cuestión a partir de los siguientes ejes temáticos:

19 Uno no podría decir que hay una fecha exacta para identificar tal estrategia, pero bien puede tomarse como punto de partida el momento en que el juez Giovanni Falcone adoptó el concepto de “pool” de jueces como estrategia para atacar el fenómeno mafioso, desde la Procura de Palermo. Él y otros jueces del pool—como el caso de Borsalino—acabarían asesinados hacia 1992, luego del maxi proceso a la mafia en los años ochenta y que concluyó con la condena de cuatrocientos jefes mafiosos.

1. El debate interno en la magistratura: su existencia o su carencia

No hay evidencia de que haya existido, o que exista un debate interno en nuestra magistratura, a nivel asociativo, al menos expreso en documentos conjuntos, con la continuidad que la idea de “debate orgánico” sugiere.

Sin embargo, a nivel individual, se han conocido, en publicaciones especializadas, determinadas opiniones respecto de temas concretos que, a veces, hacen a la dinámica de toda la magistratura. No obstante, ello en modo alguno puede tomarse como la expresión asociativa de un debate interno con participación de posiciones divergentes.

Puede decirse entonces que se observa una notable carencia de debate en la magistratura que refleje los cambios histórico-políticos que sufrió el país, o que el que existe es insuficiente por tratarse de esporádicas opiniones cuasi exclusivamente individuales.

A modo de ejemplo, recuérdese que en la Argentina la magistratura se expresó ante la creación del Consejo de la Magistratura, aunque a nivel orgánico lo hizo con tibieza. Lo notable es que al momento de intervenir en ese proyecto para el Consejo, la participación de los magistrados en las primeras elecciones (1998) no fue muy elevada. Similar tópico vale para los abogados de la matrícula. Todo lo cual trazaría indicios importantes acerca del grado de conciencia política de nuestra sociedad y nuestra magistratura.

En este orden de ideas, se reforzaría lo afirmado por los miembros del pool (ver cita de nota 18 *ut supra*), en el sentido de que la magistratura es expresión no aislada de la sociedad a la que pertenece.

Surge así un interrogante: ¿Puede plantearse la hipótesis, entonces, de que una magistratura comprometida con la sociedad (como poder de la República y no por expresiones individuales aisladas), hoy sería el resultado natural en el supuesto de que la lucha contra el terrorismo se hubiese encarrilado en los años setenta en el marco de la legalidad?

2. El marco general legislativo

El punto anterior nos remite necesariamente a considerar la cuestión de la legislación y su alcance; es decir, de qué modo el poder legislativo está a tono con las demandas de la sociedad y dota al poder judicial de las normas necesarias para darles respuesta.

Cuando —como en el caso argentino— se produce esa situación de déficit democrático, la respuesta natural del sistema parece ser el “activismo judicial”, como ocurrió en el caso italiano. En efecto, como se ha visto precedentemente, el carácter orgánico del cambio producido a partir del Congreso de la ANM italiana, en Gardone, fue el punto de inflexión, por el debate en su seno. De allí, la posición que emerge hacia la sociedad, cuenta —de este modo— con cierto consenso en la corporación. Como se señaló oportunamente, en esa ocasión se fortaleció la postura que fundamenta el activismo judicial en la interpretación misma del mandato constitucional.

También en la Argentina todo juez tiene un rol importante en el control de constitucionalidad (control difuso), de lo que debe deducirse también su necesaria conciencia de ejercer un rol de trascendencia político constitucional. De allí que resulte razonable esperar que la magistratura aprecie la distinción crucial que existe entre “función política” y “función partidaria”. No puede requerirse al judicial que adopte posiciones partidarias porque ello desnaturalizaría su independencia como poder republicano; pero sí debe exigirse al juez ejercer la función de control de constitucionalidad con “criterio político institucional”, en el sentido de esperar que sea conciente de la trascendencia institucional que para el fortalecimiento de una cultura democrática tienen ciertos fallos.

Siguiendo el análisis comparado, según la clasificación que cita Cristina García Pascual de G. Tarello, la magistratura argentina ha sido (en el mejor de los casos) puramente formalista, por cuanto habría concebido históricamente que la relación entre Constitución y ley ordinaria (ver nota 11) es una relación de fundamento, ya que la legislación ordinaria es considerada como actuación y aplicación de los principios fundamentales de la propia Constitución, a diferencia de la tradición asumida por los jueces italianos de tomar a la Constitución como guía interpretativa de toda la legislación ordinaria y que los condujo al activismo judicial cuando éste fue necesario.

Una de las razones de este fenómeno podría rastrearse en el hecho de que la magistratura argentina no se estructura orgánicamente en distintas corrientes ideológicas a nivel de corporación, con un intenso debate asociativo en su interior. En cambio, ciertos magistrados, a nivel individual, suelen identificarse con posturas ideológicas. Porque todo analista sabe que la “neutralidad axiológica” no existe y que en los fallos de los jueces suelen traducirse sus convicciones y valores íntimos, muchos de los cuales —una vez vertebrados— pueden dar lugar a una posición ideológica.

Preciso es subrayar que *la tan mentada sustracción del mundo como herramienta de asepsia que garantizaría un juicio objetivo por parte del magistrado, también es una clara toma de posiciones frente a una sociedad. Y en ocasiones contribuye a su alejamiento de los problemas que la acucian.*

Hecha la precedente afirmación para la magistratura toda, esta circunstancia también podría rastrearse en la raíz de cierta explicación posible de algunas persecuciones entre magistrados de distintos fueros por tener el control de ciertas causas de trascendencia mediática, que tuvieron lugar en los años noventa en Argentina. Sirva de ejemplo la causa llamada "armas" y la disputa generada entre magistrados de los fueros penal económico y criminal federal.

Por otra parte, mientras en el caso italiano el CSM debió enfrentar el problema de la independencia judicial a partir de una estructura que reproducía en su interior las distintas corrientes ideológicas de la ANM, en el caso argentino, el desafío que tuvo (y tiene) el Consejo de la Magistratura (creado por la reforma constitucional de 1994 y puesto en vigencia en 1998) es el mismo, pero a partir de una estructura que también reproduce una matriz mixta de representación judicial y política en su composición, pero con la crucial diferencia que allí recoge: por un lado, una heterogénea e inorgánica voluntad de la magistratura (por la falta de participación masiva a nivel orgánico) y, por el otro, el conflicto existente entre las distintas fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Nación, de modo que la interna dentro de la corporación pasa a un plano absolutamente secundario cuando se trata de dirimir el núcleo de intereses que gobiernan la estructura del Consejo (ver nota 14).

A esta circunstancia no es ajeno el hecho de que dos de los jueces penales federales más cuestionados durante los años noventa presentaron sus renuncias ante el entonces Presidente de la Nación, Fernando de la Rúa, para adelantarse a su segura remoción por vía del mecanismo previsto en el Consejo de la Magistratura, y que esas renuncias les fueron aceptadas, dejando sin efecto lo actuado por el Consejo, a pesar de que el entonces Presidente pertenecía a una alianza política opositora al ex Presidente Menem, durante cuyo mandato habían sido nombrados tales magistrados.²⁰

20 Son los casos de Carlos Liporaci (cuya renuncia se aceptó teniendo dictamen acusatorio del Consejo de la Magistratura) y Adolfo Bagnasco (que reunió un total de catorce pedidos de juicio político presentados ante el Consejo).

Por otra parte, mientras en la Italia de los noventa los procesos contra la corrupción política situaron *el mito de la justicia como reparadora de todos los males de la sociedad política*, en la Argentina, el inconcluso proceso de consolidación de la democracia, acentuó la ruptura al interior de la magistratura, dividida entre una mayoría de jueces que entienden la independencia judicial como una verdadera neutralidad axiológica que los aleja de la vida y los problemas sociales, y un puñado de jueces vinculados al poder en los años noventa (lo que hoy todavía es parte del fuero penal federal).²¹ De modo que en esa oscilación entre alejamiento de la sociedad y cercanía con el poder político de turno, la magistratura argentina ha estado lejos de encarnar *el mito de la justicia reparadora de todos los males de la sociedad civil*. Sin embargo, tanto el caso argentino como el italiano han concurrido en el mismo marco de déficit democrático que, en la Italia de los noventa, justificó el activismo judicial, dado el escaso protagonismo legislativo del Congreso Nacional.

Si esto es así, las preguntas que surgen son casi obvias: ¿Por qué no se ha dado en Argentina la evolución de la magistratura en el sentido de una aplicación activista de los principios de la Constitución? ¿Es que no son suficientes esos principios? ¿O es que la falta del debate interno hace que haya temor en la magistratura de quedar al descubierto sin el apoyo de la corporación, si se asume este tipo de actitud activista? ¿Por qué cuando se produjeron en los años noventa declaraciones de inconstitucionalidad por parte de magistrados, frente a leyes arbitrarias, resultaron inevitablemente actos aislados generalmente no refrendados por las instancias superiores?

Pero, además del debate interno que posibilitó un cambio de actitud de la magistratura italiana, el otro factor que hizo posible el activismo judicial en ese país fue esa especie de carta blanca concedida a la magistratura, por implícito consenso entre las fuerzas políticas, en el contexto de la lucha contra el terrorismo.²² De ese consenso, surgieron una serie de leyes de emergencia que ampliaron de manera desmesurada los espacios de discrecionalidad del poder judicial (sobre todo del Ministerio Fiscal), y que algunos críticos estiman que culminó resquebrajando el principio de estricta legalidad penal, deformando la estructura del proceso penal y rebajando en gran medida el nivel de garantías.

21 Resulta necesario destacar que el actual gobierno de Néstor Kirchner, a pesar de haber externalizado una voluntad de cambios sustanciales en lo institucional, en el ámbito de la justicia sólo se tradujeron en la remoción del cargo de algunos ministros de la Corte Suprema de Justicia.

22 En el caso argentino no hubo tal consenso, porque parte de las fuerzas políticas concedieron "carta blanca" aunque para la represión paraestatal, en tanto que otra parte de estas fuerzas no quiso involucrarse orgánicamente.

Esta última cuestión nos remite al punto anterior, por cuanto alude a la resolución “legal” —es decir dentro de la legalidad— de la cuestión del terrorismo, y que en relación inversa, la no resolución por vía de la legalidad de esta cuestión estaría directamente relacionada con la *falta de conciencia de la magistratura en cuanto poder republicano*, cuyo objeto no es otro que velar por el respeto y asegurar el cumplimiento de las leyes.

En cuanto a la cuestión desde el punto de vista procesal, en el caso italiano la situación política, en cuyo contexto los fenómenos del terrorismo y de la criminalidad organizada tuvieron un impacto enorme, llevaron a aumentar notablemente los poderes procesales de los jueces, trasladando el núcleo del proceso de la vista a la instrucción.

A juicio de sus críticos, de este modo el proceso perdió muchas de sus garantías, adquiriendo definitivamente un carácter de proceso político. En otras palabras, la magistratura se encontró ante la necesidad de ejercer un papel predominantemente penal o represivo, pero dentro de la legalidad. Se configuró, de ese modo, un activismo judicial de carácter eminentemente penalista, cuyas características centrales fueron: la extensión del control de legalidad, la obligatoriedad de la acción penal, y la capacidad de tomar iniciativas de algunos magistrados.

Volviendo al caso argentino, ¿no es acaso cierto que el reclamo que la sociedad hace a nuestra justicia —y a los legisladores— en verdad apunta precisamente a un mayor carácter represivo y penal? Esto nos plantea, necesariamente, una disyuntiva ética: ¿pueden aplicarse principios filosóficos ultragarantistas en el contexto de una sociedad con el grado de conciencia política que hoy tiene la sociedad argentina? ¿Puede insistirse en la defensa a ultranza del garantismo penal, sin acompañar esa legislación de decisiones políticas que tiendan a corregir las causas socioeconómicas que están en la base de la matriz delictiva del país? ¿Puede sostenerse esa defensa a ultranza del garantismo sin promover como política del Estado el mayor compromiso de la magistratura con la realidad social?

Resulta notable la falta de reacción que nuestros legisladores han tenido desde los años noventa frente a la proliferación de delitos tales como el lavado de dinero,²³ la extorsión, el uso de intimidación, o la corrupción. Existe poca

23 La ley de lavado de dinero, de aparición tardía, marca un intento plausible frente a esta problemática (Ley 25.246 del 13-4-2000).

legislación, y la existente es realmente insuficiente y en muchos casos no acompaña los niveles de sofisticación que han alcanzado las organizaciones delictivas.

Ante tanto marasmo del legislador—rayano en la parálisis—, e insuficiencia de las respuestas que debería dar el judicial, los reclamos de la sociedad civil han sido crecientes desde los años noventa.

¿No será que los años de dictadura, en la que los abusos se perpetraron por fuera del Estado de derecho y de la ley, confunden en el imaginario colectivo la idea de una justicia represiva o de leyes penales severas, con el retorno a un tiempo sin ley? ¿No será acaso el momento de buscar un punto medio que nos permita construir el equilibrio entre un Estado represivo y uno que asuma cabalmente una de las funciones indelegables del Estado liberal: la seguridad interior?

3. La magistratura como exponente de una sociedad y de sus valores culturales

Volviendo a la idea desarrollada en el punto 1 de estas conclusiones, los magistrados son emergentes de la sociedad a la que pertenecen y, en promedio, constituyen exponentes de sus valores.

Valdría la pena aquí preguntarse acerca de cuáles son los valores que la sociedad argentina de hoy pondera. Cualquiera que se detuviera en el cotidiano e intentase indagar un poco acerca del imaginario colectivo que subyace en ciertas conductas, descubriría que la sociedad argentina, durante mucho tiempo, miró con tolerancia y condescendencia al “piola”, al “vivo” o “chanta”, y que desde hace décadas, pero más marcadamente desde los noventa, aun desde los medios masivos de comunicación social—cuando no desde el Estado mismo—, el mensaje resulta unívoco: “lo importante es ser un ganador; y el éxito se traduce directa e invariablemente en hacer dinero, no importa cómo”, en la exacerbación más deformada del principio de que “el fin justifica los medios”, y que otrora consagrara precisamente el divorcio entre la política clásica y la ética.

4. La transferencia de responsabilidades del ámbito político al ámbito judicial

Ya se mencionó que en el caso italiano, para muchos políticos, el proceso que estamos describiendo también significó descargar responsabilidades que debían dirimirse en el ámbito de la política, en la espalda de los jueces. Pero

la cuestión insoslayable es la otra parte de la ecuación: en el caso italiano, los jueces estuvieron dispuestos y quisieron cargar con esa responsabilidad, por vía de un compromiso que entendían en el marco de la Constitución.

En la Argentina puede decirse que la dirigencia política muchas veces ha optado por descargar ciertas responsabilidades, buscando que los conflictos se resolvieran en los tribunales. A mi entender, la diferencia crucial radica en la segunda parte de la ecuación: la “vocación de la magistratura”. La magistratura de las últimas seis décadas estuvo lejos de adquirir un compromiso constitucional que fuera capaz de sostener, a partir de allí, cierto activismo judicial militante, con la excepción de los escasísimos casos aislados que responden exclusivamente a improntas personales. En efecto, aquéllos exponentes que tuvieron en sus manos casos de corrupción contra funcionarios públicos (competencia de la justicia penal federal y —eventualmente— de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) buscaron manipular el curso y los resultados de esas investigaciones resonantes, en una suerte de especulación con el eventual provecho político personal que pudiese derivarse de esas “situaciones de poder” —por lo demás transitorias—, o con la eventual futura carrera política de algunos magistrados, pero en ningún caso a partir de resultados concretos.

Pero lo notable es que estos episodios se vieron “secundados” por el silencio como consentimiento tácito de la magistratura como corporación. También en el caso italiano hubo ciertas figuras que fueron catapultadas a la escena política, como por ejemplo Antonio Di Pietro, pero la diferencia radica en que pudieron hacerlo partiendo de la exhibición de “resultados concretos” en la cruzada contra la corrupción.

En este contexto, y considerando lo que ya se dijo en el sentido de que el CSM italiano heredó la problemática de la identidad política del poder judicial, estas reflexiones sobre la magistratura argentina resultan válidas y nada caprichosas. Desde 1998 a la fecha hubo diversos momentos en los que precisamente nuestro Consejo de la Magistratura definió los ámbitos de jurisdicción —y de poder— con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hasta la creación de aquél ejercía el gobierno del poder judicial. Un reciente decreto presidencial confirma que la potestad presupuestaria para la justicia nacional reside en la Corte Suprema.

V. A manera de reflexión

Los acontecimientos desatados en mayo/junio de 2001, originados en la investigación que por años estuvo radicada en la justicia criminal federal y que culminó con la detención del ex Presidente de la Nación, Dr. Carlos Menem, del ex Comandante en Jefe del Ejército, General (RE) Martín Balza, del ex Ministro de Defensa, Dr. Erman González, y del ex asesor presidencial (y cuñado del ex Presidente) Emir Yoma,²⁴ cuya función central pareciera haber sido el tráfico de influencias habida cuenta de su aparición recurrente en varias operaciones comerciales y financieras de dudoso desarrollo, se ha constituido en el hecho judicial más trascendente de los últimos años.

Las motivaciones que se atribuyeron tanto al juez a cargo de la causa, Dr. Jorge Urso, como al fiscal actuante, Dr. Carlos Stornelli, han despertado algunas suspicacias en varios sectores, considerando el tiempo transcurrido desde el inicio de la causa hasta el dictado de la condena —aproximadamente cinco años—, y el súbito devenir adquirido. Sumado a ello, las consideraciones acerca del alcance de la figura penal en la que se encuadró la detención del ex Presidente (jefe de una asociación ilícita), así como la citación o no de otros funcionarios, generó un debate público considerable.

Esas suspicacias pueden o no tener fundamento, pero lo cierto es que como hecho inédito —y desde la perspectiva que sigue este enfoque de la actuación de la magistratura argentina— pudo convertirse en el detonante de una serie de actitudes semejantes en otros magistrados, que tramitaban causas de potencial gravedad, radicadas tanto en el fuero criminal federal como en el penal económico, así como también —aunque en menor medida— en el fuero penal ordinario.

Lamentablemente no fue así. Ese hecho inédito fue también único. Aquí no se dio el fenómeno italiano de que se configure “el proceso al sistema como la suma de los procesos a los particulares”. Si, en cambio, hubiese operado como detonante de una transformación genuina de nuestra magistratura hacia un mayor compromiso social, hubiese sido deseable que ésta, además, abandonase el método de “atomización” en la investigación de causas a todas luces vinculadas, y que llevó en los años que precedieron al archivo de varias

24 Hoy Menem, Balza y otros gozan de libertad tras varias fragmentaciones de la causa principal por planteos de competencia entre los fueros penal federal y penal económico, así como por resoluciones favorables en otras instancias de la justicia. El Gral. (RE) Martín Balza es el actual embajador argentino en Colombia.

denuncias relevantes, por no haber agotado instancias de investigación ni vincularlas con causas conexas o satélites.

Desconocer o rechazar *a priori* la posibilidad de que temáticas tales como “armas”, “Río Tercero”, “lavado de dinero” y “atentado contra la sede de la AMIA” pudieran tener puntos de contacto, así como las causas vinculadas al “contrabando de oro” o “aduanas paralelas”, marca toda una “actitud investigativa” que nuestra magistratura no puede ni debe seguir sosteniendo.

Volviendo al análisis comparado, si en algo fue revolucionario el enfoque que el pool de jueces antimafia de Palermo (encabezados por el asesinado juez Giovanni Falcone)²⁵ desarrolló y que llevó a los maxi procesos contra los jefes de *cosa nostra* y demás expresiones mafiosas como la *n'dranghetta* y la *camorra*, radica justamente en la vinculación de causas y en la búsqueda de las conexiones que hacían aproximar las ramificaciones de unas con otras.

Sólo así se encontraron los indicios y las pruebas suficientes para procesar y condenar a los culpables, en situaciones tales en las que, si se hubiera seguido el “método que la justicia penal federal argentina de la última década” implementó, habrían terminado con el dictado de sobreseimientos o faltas de mérito. Y todo ello más allá de las consideraciones —y eventuales diferencias con la justicia italiana— de orden procesal, pero que no resultan ni cercanamente suficiente excusa para la inacción de la magistratura argentina de esos años.

Los fiscales de Milán, el pool *Mani Pulite*, algunos años después tomaron el método antimafia y lograron marcar hitos en la lucha contra la corrupción, al menos en la primera instancia, ya que en segunda instancia muchos procesos prescribieron, cuestión que tal vez marcaría cierta inequívoca vinculación última entre cierta magistratura y el liderazgo del bipartidismo dominante durante tantos años en Italia. Y a pesar de la “solución política” de dar un freno a la avanzada judicial dictando el sobreseimiento del varias veces Presidente Giulio Andreotti, como gesto de “cierre” del proceso de control judicial de la clase política y empresaria italiana,²⁶ aún continúa con algunos casos vigentes.

25 El juez Falcone fue asesinado, luego de dos intentos fortuitos, en la autopista que viene desde el aeropuerto hacia Palermo, Sicilia, junto a su esposa la Dra. Francesca Falcone, en mayo de 1994. El capo de *cosa nostra* que había ordenado su muerte, Giovanni Brusca, fue detenido el mismo día pero del año 1996, mientras miraba por la televisión italiana (RAI) la emisión de la película realizada sobre la vida del juez asesinado.

26 Recordar que el flamante electo Primer Ministro Silvio Berlusconi está investigado en varias causas en una de las cuales tiene dictado el procesamiento.

En el caso argentino, también hubo prescripciones de causas en las que estaban investigados funcionarios públicos pero, sobre todo, se dio un fenómeno que no ha sido aún lo suficientemente analizado. Me refiero a las “nulidades” dictadas por una de las salas de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.²⁷ En efecto, una de las modalidades de la justicia penal federal de los años noventa fue dictar autos de procesamiento, en el marco de una causa tramitada con errores de procedimiento. De manera que, para la opinión pública y los medios, el juez actuaba correctamente porque procesaba al acusado, pero en rigor de verdad hubo casos de sospechada connivencia y pago de coimas a magistrados, por cuanto los errores procesales dejaban a la instancia superior sin otro camino que, necesariamente, dictar la nulidad de lo actuado, y el imputado quedaba en libertad. Un estudio concienzudo y sistemático de todas las nulidades dictadas en la década puede resultar indicativo de esta metodología.²⁸

Es de esperar que nuestra magistratura toda sepa estar a la altura de la emergencia institucional que el país —como sociedad política y cultural— reclama.

Una última reflexión acerca de la juventud de nuestra democracia. Si bien es cierto que la continuidad en el mandato de gobiernos constitucionales es aún reciente en términos históricos (desde 1983), es de esperarse que en lo sucesivo los hitos históricos y grandes cambios sociológicos que sufra nuestra sociedad se vean saludablemente reflejados en un debate interno que haga de la magistratura no sólo el exponente de la aspiración de superación de esa sociedad, sino que ella misma se constituya en instrumento de consolidación institucional por vía de su conciencia de poder republicano.

En este sentido, los encuentros de jueces promovidos recientemente podrían ser el germen de un cambio de conciencia a nivel orgánico, sólo si el debate transita la ineludible reflexión autocrítica del rol desempeñado hasta la fecha por la magistratura argentina.²⁹

27 La sala compuesta por los jueces Cattani, Irurzun y Luraschi.

28 Para una mejor ilustración sobre la problemática de la corrupción y su carácter sistémico en el bipartidismo argentino, ver: Calceglia, I. M. (2002 y 2003), “Corrupción en Argentina. La percepción de los actos corruptos como detonante de la crisis política” y “Corrupción en Argentina. Partidos políticos, clientelismo y corrupción”, en *Notizie di Politeia*, Nos. 68 y 69, pp. 47-72 y 6-33, respectivamente.

29 Por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia existe aún en estudio un proyecto de Código de Ética para el poder judicial de la nación. Al respecto, ver: Calceglia, I. M. (2006), “Código de Ética Judicial en Argentina: ¿una respuesta a las demandas de transparencia de la sociedad?”, en *Notizie di Politeia*, N° 82, pp. 395-406.

No hay que olvidar, finalmente que —como dice Gerardo Colombo— los jueces son expresión de la sociedad que los contiene. Y a gran parte de la sociedad argentina todavía le falta transitar el camino de aprendizaje que va de mirar con condescendencia ciertas prácticas delictivas a considerarlas extremadamente reprochables.

Referencias

- CALCEGLIA, I. M. (2006), "Código de Ética Judicial en Argentina: ¿una respuesta a las demandas de transparencia de la sociedad?", en *Notizie di Politeia*, N° 82.
- (2003), "Corrupción en Argentina. Partidos políticos, clientelismo y corrupción", en *Notizie di Politeia*, No. 69.
- (2002), "Corrupción en Argentina. La percepción de los actos corruptos como detonante de la crisis política", en *Notizie di Politeia*, No. 68.
- (1998), "Integración: el desafío de las instituciones". *Reflexiones sobre el tribunal supranacional, el activismo judicial y el déficit democrático*, Buenos Aires, La Ley.
- COLAJANNI, N. (1996), *Mani Pulite? Giustizia e politica in Italia*, Milano, Mondadori.
- COLOMBO, G.; DAVIGO, P. C. y DI PIETRO, A. (1993), "Noi obbediamo alla legge, non alla piazza" (a cura di G. Barbacetto), en *MicroMega*, N° 5.
- DELLA PORTA, D. y VANNUCCI, A. (1994), *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, Il Mulino.
- FLICK, G. M. (1995), "Oltre Tangentopoli?", en *Intervista sulla Giustizia* (a cura di Angelo Ciancarella Milano), Il Sole 24 Ore, Pirola.
- GARCÍA PASCUAL, C., "Legitimidad democrática y poder judicial" (Cristina García Pascual, Generalitat Valenciana).
- TARELLO, G. (1988), *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino.