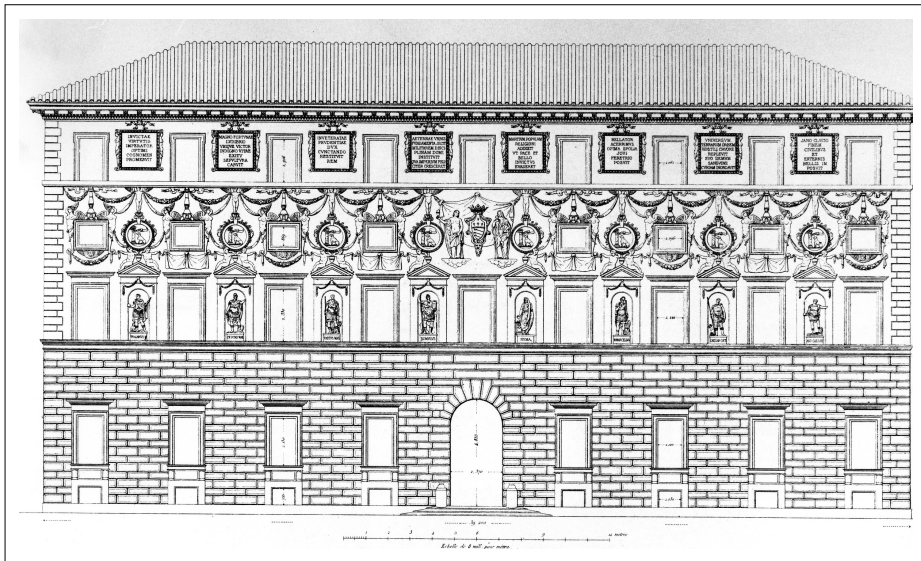


El sistema Judicial italiano

El presente volumen es una nueva edición, puesta al día, de la publicada en 1999, manteniéndose la finalidad de ofrecer una información rápida sobre cómo está organizada la justicia en Italia.

La primera parte es una exposición concisa del sistema vigente; la segunda constituye un primer acercamiento a los problemas de aplicación que tal sistema origina. En la última parte se enumeran las leyes principales.



Palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato.

PRIMERA PARTE

NORMAS EN MATERIA DE ORDENAMIENTO JUDICIAL Y DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CSM

1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA COSTITUCIÓN

1.1 La Jurisdicción.-El sistema de distribución de la función jurisdiccional está realizado por la Constitución de la siguiente manera.

1.2 La jurisdicción constitucional.- Es atribuida al Tribunal constitucional, integrado por quince jueces: nombrados, un tercio, por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta (Cámara y Senado) y el último tercio por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa (art. 135 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional juzga (art.134 de la Constitución) sobre:
las controversias en materia de legitimidad constitucional de las leyes y demás actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones;

los conflictos de atribución entre poderes del Estado, entre Estado y Regiones y entre Regiones;

las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, de acuerdo con la Constitución (V. art.90 de la Constitución)

El control de la legitimidad constitucional de las leyes puede ser introducido en vía principal, por sujetos específicamente legitimados (Estado, Regiones, Provincias autónomas) (V. artículos 37-42; ley constitucional N. 87/1953 de 11 de Marzo) o también en vía incidental, por parte de un juez que, en el curso de un proceso, considere que la ley a aplicar al caso concreto en examen, sea de dudosa constitucionalidad.

En esta última hipótesis cuestión de constitucionalidad debe ser relevante, para la decisión del proceso y no debe ser manifiestamente infundada (V. Ley constitucional n. 1/1948, de 9 de Febrero, art.1; ley constitucional n. 87/1953, del 11 de marzo, arts. 23-30)

1.3. La jurisdicción ordinaria.- La jurisdicción ordinaria es ejercida por magistrados ordinarios, así considerados porque instituidos y regulados por las normas sobre el ordenamiento judicial (art. 102 Constitución; R.D. n. 12/1941, de 30 de Enero, art. 1 y 4) y se diferencian de los demás jueces por la reserva de independencia prevista por la Constitución (artículos 101-104 Const.) y también por el hecho de que quedan sometidos al poder del Consejo Superior de la Magistratura (para cuya constitución y funcionamiento, V. ley 195/1952, de 24 de Marzo, y Decreto del Presidente de la República (D.P.R.) 916/1958, de 16 de septiembre), que constituye el órgano de autogobierno.

La jurisdicción ordinaria se divide en dos sectores : el penal, cuyo objeto es la decisión sobre la validez o no de la acción penal promovida por el fiscal contra un determinado sujeto, el civil, para la tutela jurídica de los derechos relativos a las relaciones entre privados o entre éstos y la administración pública, cuando ésta, en el ejercicio de sus funciones lesiona el derecho subjetivo de otra persona.

El juicio penal es promovido por el magistrado, que también pertenece a la magistratura ordinaria, del departamento del fiscal (artículo 107, último párrafo, Constitución).

El juicio civil puede ser promovido por cualquier sujeto público o privado, que es definido actor, contra otro sujeto, que adquiere la cualificación de destinatario de la demanda, definido demandado.

Los jueces civiles y penales están disciplinados por dos distintos conjuntos de normas de procedimiento: código de procedimiento civil y el código de procedimiento penal.

El proceso civil ha sido parcialmente modificado por una Ley de 1990 (la n. 353, de 26 de noviembre), a partir de 30 de Abril de 1995, con la finalidad de acelerar y hacer más efectivo su desarrollo. La estructura actual regula la actividad procesual en sesiones dedicadas, respectivamente, a la comprobación de la constitución regular de la relación procesual, al desarrollo del pleito y al intento de conciliación, a la instrucción probatoria, a la discusión final y a la decisión.

El código de procedimiento penal, en cambio, fue totalmente reformado en 1988, cuando se pasó de un sistema con características inquisitorias a uno tendencialmente de acusación, inspirado, entre otros, a los principios de la paridad entre fiscal y defensa, y de la formación oral de la prueba ante el juez en audiencia pública (V. Ley 81/1987, de 16 de febrero; ley de delegación para la formulación del nuevo código de procedimiento penal). Después de numerosas intervenciones normativas, que han ido atenuando la característica acusatoria del procedimiento para responder a exigencias de defensa social de la criminalidad organizada, la reciente modificación del art. 111 de la Constitución, con Ley Constitucional n. 2/2000, de 23 de Noviembre, ha reafirmado expresamente el principio de inspiración acusatoria de la formación de la prueba en confrontación, y ha hecho indefectible la tutela del derecho a la prueba por parte del acusado.

La reforma del art. 111 de la Constitución concierne a todo juicio, al civil como al penal, y también al administrativo o contable, en la parte en que eleva a garantía expresa la regla del proceso justo, según la cual todo juicio debe desarrollarse en confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad, ante un juez tercero e imparcial, y debe tener una duración razonable.

El derecho a la duración razonable del juicio ha sido reconocido expresamente con la Ley 89/2001, de 24 de Marzo, que concede a las partes, cuando no sea respetado, el derecho de pedir al Estado una justa indemnización pecuniaria.

La jurisdicción ordinaria es administrada por jueces “profesionales” y por “jueces honorarios”, que forman el orden judicial (art. 4 del R.D.12/1941, de 30 de enero).

En particular, el orden judicial estaba constituido por los auditores judiciales, por los jueces de cualquier clase de los juzgados menores (“pretura”), de los Tribunales y de los Tribunales de Apelación y de Casación, y por los magistrados del fiscal. Pertenecían también al orden judicial, como magistrados honorarios, los jueces conciliadores y los viceconciliadores (figuras hoy suprimidas y que siguen actuando hasta la extinción del cuerpo). La magistratura honoraria, hoy en día, está integrada por los jueces de paz (Ley n.374/1991, de 21 de Noviembre; Decreto del Presidente de la República n.404/1992, de 28 de Agosto), a quienes se ha atribuido la competencia, en el sector civil y en el penal, en materias sustraídas a la jurisdicción de los jueces profesionales; por los jueces honorarios agregados (Ley n. 276/1997, de 22 de Julio; decreto Ley n. 328/1998, de 21 de Septiembre; convertido en Ley n.221/1998 de 19 de Noviembre), que integran las llamadas secciones separadas creadas para la eliminación de los asuntos civiles pendientes a 30 de abril de 1995; por los jueces honorarios de tribunal (llamados g.o.t.), que ayudan en las mesas de juicio, los vice procuradores honorarios (llamados v.p.o), en actividad en las oficinas de instrucción; por los expertos del Tribunal y de la sección de menores del Tribunal de Apelación; por los jueces populares de los Tribunales Penales (Ley n. 287/1951 de 10 de Abril); por los expertos que componen el Tribunal de Vigilancia (V. artículo 70 de la Ley n.354/1975, de 26 de Julio) y por las secciones especiales agrarias (V. art. 2-4 Ley n. 320/1963 de 2 de Marzo).

Actualmente la justicia, en las materias civil y penal es administrada por: el juez de paz, el Tribunal, el Tribunal de Apelación, el Tribunal Supremo de Casación, el Tribunal de menores, el magistrado de Vigilancia y el Tribunal de Vigilancia (artículo 1 R.D.n. 12/1941, de 30 de Enero.)

Con la reforma sobre el Juez único de primera instancia (D. Ley n. 51/1998, de 19 de Febrero), se ha procedido a la reestructuración de los departamentos judiciales de Primera instancia, mediante la supresión del Departamento del “Pretore” (Juez de Primera instancia para causas menores) y las

competencias correspondientes han sido transferidas al Tribunal, que ahora tiene una composición monocrática para los asuntos menores, y una composición colegial para los de mayor complejidad. De la misma manera, se ha eliminado el departamento del fiscal ante el Juzgado de distrito y sus funciones han sido transferidas al Fiscal ante el Tribunal.

En la misma perspectiva, los magistrados honorarios en servicio ante el órgano eliminado (Pretura-Juzgado de Primera instancia) han cambiado su denominación de vice juez honorario a Juez honorario del Tribunal.

1.4. Las jurisdicciones especiales. - La Constitución prohíbe la institución de nuevos jueces “extraordinarios o especiales”, permitiendo, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la creación de secciones especializadas en determinados sectores, caracterizadas por la co-presencia, en el mismo órgano que juzga, de magistrados ordinarios y de ciudadanos idóneos pero ajenos al ordenamiento jurídico (por ejemplo, las secciones especializadas agrarias) (art.102 Constitución).

De todos modos, están previstos jueces especiales, como los jueces administrativos, el Tribunal de Cuentas y el juez militar, ya existentes a la entrada en vigor de la Constitución (art. 103 Constitución).

El Tribunal de Cuentas está compuesto por magistrados contables y, ante el mismo, está constituida una Fiscalía general a la que se han atribuido funciones requerientes. Recientemente, la magistratura contable ha sido reformada estableciendo secciones autónomas jurisdiccionales y requerientes sobre base regional.

El órgano de gobierno autónomo es el Consejo de Presidencia del mismo Tribunal.

Además de la competencia en materia de control previo de legitimidad sobre numerosos actos del Gobierno y de otros organismos públicos, y de control posterior sobre la gestión del presupuesto y del patrimonio de las administraciones públicas, al Tribunal de Cuentas se han atribuido los juicios en materia de contabilidad pública, de pensiones, y de responsabilidad de los empleados y funcionarios del Estado o de otros entes públicos.

Los jueces militares, a los que es atribuida la competencia de juzgar los delitos militares cometidos por quienes pertenecen a las fuerzas armadas, constituyen un orden distinto de la magistratura ordinaria y es administrado por un órgano de gobierno autónomo, el Consejo Superior de la Magistratura Militar.

La jurisdicción administrativa es atribuida a un conjunto de entes, distintos de la magistratura ordinaria: los Tribunales administrativos regionales, como jueces de primera instancia, y el Consejo de Estado, como juez de segunda instancia.

El órgano de gobierno autónomo de los jueces administrativos es el Consejo de la Presidencia de la magistratura administrativa, integrado por el Presidente del Consejo de Estado, cuatro magistrados en servicio del Consejo de Estado, seis magistrados en servicio de los Tribunales administrativos regionales, y por miembros laicos, es decir cuatro ciudadanos, dos elegidos por la Cámara de Diputados, y dos por el Senado de la República, con mayoría absoluta, entre los catedráticos en materias jurídicas o entre los abogados con veinte años de ejercicio de la profesión. El órgano está integrado también por miembros suplentes, elegidos entre los magistrados del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales. La composición actual, con la presencia de miembros laicos, se debe a la reciente modificación del art. 7 de la Ley n.186/1982, de 27 de Abril, que establece el ordenamiento de la jurisdicción administrativa, dispuesta por la Ley n. 205/2000, de 21 de Julio, y en especial por el art. 18.

El juez administrativo ejerce el control de legitimidad (y no de evaluación, entendido en el sentido de oportunidad) de las actas administrativas: el recurso ante el órgano de justicia administrativa tiene el

objeto de obtener la anulación jurisdiccional del acto administrativo que se presume viciado por incompetencia, violación de la ley o exceso de poder.

En línea general, el área de competencia de la jurisdicción ordinaria y de la administrativa es individuada mediante referencia a la posición subjetiva -derecho subjetivo e interés legítimo- presentada en el juicio: la jurisdicción administrativa (con excepción de algunas materias reservadas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, que recientemente han sido incrementadas por la Ley n. 205/2000, de 21 de Julio) es el juez del interés legítimo.

Normativa de referencia

- Constitución, artículos 90, 101 - 113, 134-137.
- L.Constitucional n. 2/2000, de 23 de Noviembre.
- R.D. n.12/1941, de 30 de Enero.
- ley n. 374/1991, de 21 de Noviembre.
- D.Lgs. n. 51/1998 de 19 de Febrero, artículos 1- 48.
- L.n. 186/1982, de 27 de Abril, art.7.
- L. 205/2000, de 21 Julio, art. 18.
- L. n.89/2001,de 24 de Marzo.

2. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MAGISTRATURA ORDINARIA

2.1. Independencia y autonomía: - Según la Constitución, la magistratura es un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder (artículo 104 Constitución).

La autonomía concierne la estructura organizativa

Esta se realiza con respecto al poder ejecutivo, visto que la independencia de la magistratura se vería comprometida si las disposiciones sobre la carrera de los magistrados y, más en general, el status fueran atribuidos al poder ejecutivo. La Constitución, en cambio, ha atribuido a un órgano de gobierno autónomo la administración del personal de la magistratura (traslados, ascensos, asignación de funciones y sanciones disciplinarias) (art.105 de la Constitución): el Consejo Superior de la Magistratura es por lo tanto el garante de la independencia de la magistratura.

La autonomía se realiza también ante el poder legislativo, en el sentido de que los jueces están sujetos únicamente a la ley (artículo 101 Constitución).

La independencia es relativa al aspecto funcional de la actividad jurisdiccional. Esta no se refiere al orden en su conjunto - garantizado a través de la autonomía, en los términos ya mencionados- sino al juez en el momento del ejercicio de la jurisdicción.

La independencia se deriva y se aplica en relación con el otro principio constitucional de la sumisión del juez sólo a la ley, principio que concreta la relación de derivación de la jurisdicción de la soberanía popular.

Independencia y autonomía son principios que la Constitución reconoce también al Fiscal (artículos 107 y 112 Const.), en particular allí donde se prevee la obligatoriedad de la acción penal.

Es precisamente la obligatoriedad de la acción penal la que concurre a garantizar, no sólo la independencia del Fiscal en el ejercicio de su función, sino también la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal.

La autonomía y la independencia del fiscal presentan, por otra parte, características peculiares referentes a las relaciones “internas” del Departamento, debiéndose considerar el carácter unitario de éste y el poder de ordenación que debe reconocerse al jefe del Departamento en relación con sus sustitutos (V. R.D.n. 12/1941, de 30 de Enero,art.70).

2.2. Inamovilidad. - Los magistrados gozan también de la garantía de inamovilidad.

La independencia del juez, en efecto, podría ser gravemente comprometida por la posibilidad de exención del servicio o de traslado de una a otra sede.

Para evitar estas eventualidades, la Constitución prevé que la suspensión, la exención y el traslado del magistrado sean decididos solamente por el Consejo Superior de la Magistratura, o con su aprobación, o por motivos y con las garantías de defensa previstos por la ley del ordenamiento judicial.

Por norma, pues, el magistrado puede ser trasladado a otra sede o encargado de otras funciones sólo con su consenso, y previa decisión del Consejo Superior de la Magistratura. Esta medida es adoptada tras el resultado de una oposición entre los candidatos que inicia con la publicación de las sedes vacantes y la predisposición de un escalafón que tiene en cuenta: la antigüedad, motivos de familia o de salud, y las capacidades (la disciplina del sector se encuentra en una circular dictada por el órgano de autogobierno: circular de 30 de noviembre de 1993, n. 15098, y posteriores modificaciones).

Las hipótesis en las que se permite excepcionalmente el traslado de oficio son taxativas.

A este propósito, además de la hipótesis de la primera asignación de las funciones a los auditores judiciales, hay que señalar aquellas en que el traslado de oficio tiene la finalidad de satisfacer, de oficio, el interés de la administración en cubrir determinados puestos de la plantilla: V. en particular los artículos 4 y siguientes de la ley n.570/1966, de 25 de Julio, y posteriores modificaciones, relativos a la cobertura de oficio de los puestos de magistrado del Tribunal de Apelación que carecen de candidatos; el artículo 10 de la ley n.831/1973, de 20 de Diciembre, en materia de asignación de oficio de las funciones de casación; los artículos 3 y siguientes de la ley n. 321/1991, de 16 de Octubre, y posteriores modificaciones, en materia de traslado de oficio a las sedes vacantes no solicitadas; y el art. 1 ley n.133/1998, de 4 de Mayo, relativa a la cobertura de las sedes incómodas de la Italia meridional e insular, que se distinguen por ser poco solicitadas y siempre vacantes.

Queda además definido el poder del C.S.M. (Consejo Superior de la Magistratura) de trasladar a un magistrado por “incompatibilidad ambiental y/o funcional” (art. 2 del R.D.legs. n. 511/1946, de 31 de Mayo): en tal caso, la derogación al principio de inamovilidad, que se realiza a través de la previsión del traslado de oficio, es adecuadamente justificada por la prioritaria exigencia de asegurar el correcto y sereno ejercicio de la actividad jurisdiccional que se vería perjudicado por el hecho de permanecer el magistrado in loco o en el ejercicio de determinadas funciones (para la disciplina relativa, V. también la circular C.S.M. de 18 de Diciembre de 1991). A fines del traslado por incompatibilidad ambiental y/o funcional ex artículo 2 citado, lo que se destaca es la situación “objetiva” del “impedimento” del magistrado al desarrollo de una determinada función y/o de una eficiente actividad en un determinado lugar, con el consiguiente perjuicio del prestigio y del buen funcionamiento del departamento judicial. Se prescinde, por tanto, de la “culpa” del magistrado, pudiéndose proceder al traslado aún en presencia de una situación de incompatibilidad no culpable. Los presupuestos de la medida, por tanto, son distintos de otra hipótesis de traslado de oficio, que puede ser dispuesta como medida accesoria en caso de una condena, en sede disciplinaria, que comporte la aplicación de sanciones más graves que la amonestación.

En tal caso, el traslado, tiene naturaleza sancionatoria y supone la culpa del magistrado (V. art.21 del R.Dl Lgs. n. 511/1946, de 31 de Mayo).

Otra hipótesis de traslado de oficio puede concretarse en caso de supresión del departamento al que pertenece el magistrado (art.2 del R.D. lgs. n. 511/46, citado).

2.3 Imparcialidad y preconstitución.- El ordenamiento constitucional dispone ulteriores garantías para la función jurisdiccional. En particular, a través de la previsión del principio de preconstitución del juez por ley (art.25 Constitución) por un lado se dispone una reserva de ley absoluta en materia de competencia del juez, prohibiéndose al mismo tiempo que la competencia pueda ser determinada por fuentes secundarias o por disposiciones no legislativas; por otro lado se prescribe la individualización del juez competente con referencia a la situación anterior al hecho que debe juzgarse, impidiendo que el juez pueda ser localizado ex post. Con el principio del juez natural preconstituído por ley se asegura, al mismo tiempo, la imparcialidad de quien ejerce la función jurisdiccional.

Como consecuencia y complemento de los citados principios constitucionales, se ha citado la disciplina del ordenamiento judicial relativa a la formación de las tablas de los departamentos judiciales, vuelta a disciplinar el destino de cada magistrado y la asignación de los expedientes (V. art.7 y siguientes del R.D. n. 12/1941, de 30 de Enero; V. además la disciplina del sector introducida por el C.S.M.: por último, con circular n.8873/1997, de 21 de Mayo).

No contradicen los principios de imparcialidad y preconstitución los institutos de la aplicación (V. en particular, el art.110 del R.D. n. 12/1941, de 30 de Enero, y la normativa de aplicación incluida en la circular del C.S.M.n.7704 de 2 de mayo de 1991) y de la suplencia (V. en particular, los artículos 97, 105 y 109 del R.D. n.12/1941, citado y la disciplina de aplicación que se encuentra en la circular del C.S.M. n.7704 de 2 de Mayo de 1991): a través de los cuales se tiende a superar las eventuales carencias de los departamentos judiciales a través de la utilización de otros magistrados ordinariamente en servicio en otros departamentos o en el mismo, pero con distintas funciones. A este propósito, hay que señalar la reciente ley n.133/1998, de 4 de Mayo, que contempla importantes novedades con la finalidad de mejorar el servicio justicia. Entre éstas, especial relieve adquiere la previsión de las “tablas infradistrituales” de los Departamentos judiciales. Dichas tablas no se sustituyen a las normalmente previstas en cada Departamento (V. art.7 bis del R.D. n.12/1941, citado), sino que aquellas se suman de manera que se permite una utilización más dúctil y amplia de los magistrados en más de un Departamento judicial (los “englobados” en el ámbito del mismo distrito), también a través del recurso a los institutos, igualmente innovadores, de “co-asignación” del mismo magistrado a más Departamentos judiciales, y de la “suplencia entre distritos” (V. art. 6 de la ley citada) Se trata de institutos totalmente asimilables a los ya citados, de la aplicación y la suplencia, a través de los cuales el legislador tiende a construir un sistema aún más eficiente para poder ampliar las aún frecuentes carencias de las plantillas y/o los percances de los magistrados titulares, ampliando, cuantitativa y cualitativamente, la posibilidad de utilización del personal presente en plantilla.

Y siempre con la perspectiva de remediar a las dificultades de organización de los Departamentos judiciales, consecuencia de las ausencias temporales de magistrados, la reciente L. 48/2001, de 13 de febrero, que ha reformado el sistema de acceso a magistratura y ha incrementado la plantilla en mil unidades, en cada Tribunal de apelación ha instituido la plantilla orgánica de los magistrados de distrito, que serán destinados a la sustitución de los magistrados del distrito en casos de ausencia. Los supuestos en que es permitido recurrir al magistrado de distrito son los de ausencia por excedencia por enfermedad, u otra causa; por abstención obligatoria o facultativa por embarazo o maternidad, o por las demás hipótesis disciplinadas por la L. 53/2000, de 8 de Marzo (que dicta normas para sostener la maternidad y la paternidad); por traslado a otro Departamento, cuando no se proceda simultáneamente al traslado de otro magistrado en el puesto que ha quedado vacante; por suspensión prudencial del servicio cuando sea pendiente un procedimiento penal o disciplinario; por dispensa de las funciones judiciales en caso de inclusión en la Comisión examinadora de las oposiciones para auditor judicial.

La consistencia numérica de la plantilla de los magistrados de distrito es determinada con Decreto del Ministro de Justicia, oído al Consejo Superior de la Magistratura, en relación con la medias estadísticas de las ausencias por distrito en el trienio anterior a la entrada en vigor de la Ley, y queda sujeta a revisión bienal, siempre en base a las medias estadísticas de las ausencias en el bienio anterior.

2.4. Obligatoriedad de la acción penal. - La garantía de independencia del fiscal es asegurada también a través de la previsión de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (artículo 112 Constitución). Este principio debe entenderse en el sentido de que, adquirida la noticia del delito, el fiscal está obligado a desarrollar investigaciones y tiene la obligación de someter al juez el resultado de las mismas, formulando las relativas instancias. Ello tanto en el caso de que quiera pedir que se proceda a la archivación, una vez considerada infundada la noticia del delito, como en el supuesto de

que considere que hay que proceder a cargo de un terminado sujeto en orden a una específica hipótesis de delito.

Como se ha dicho, la obligatoriedad de la acción penal concurre en garantizar no sólo la independencia del fiscal en el ejercicio de su función, sino también la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal.

Normativa de referencia:

R.D.Lgs. 511/1946, de 31 de Mayo.

L. n. 48/2001, de 13 de Febrero, art. 1 y 4-8.

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA

3.1. Atribuciones. - El C.S.M. es el órgano de gobierno autónomo de la magistratura ordinaria al que competen, según las normas del ordenamiento judicial, las contrataciones, las asignaciones y los traslados, los ascensos y las medidas disciplinarias, para con los magistrados (V. art. 105 Constitución) (para la constitución y funcionamiento del C.S.M., V. Ley 195/1958, de 24 de Marzo y Decreto del Presidente de la República n. 916/1958 de 16 de Septiembre; y el reglamento interno aprobado por el mismo órgano de autogobierno).

3.2. Composición. - El C.S.M., debido a la reforma de la L. 195/1958, de 24 de marzo, dispuesta por la L. n. 44/2002, de 28 de marzo, está compuesto por veintisiete miembros:

- el Presidente de la República, que lo preside;
 - el Primer Presidente del Tribunal de Casación;
 - el Procurador General del Tribunal de Casación;
 - ocho miembros nombrados por el parlamento (“laicos”);
- dieciseis miembros elegidos por los magistrados (“togados”).

La Constitución (artículo 104.) prevé que el Presidente de la República, el Primer Presidente y el Procurador General del Tribunal de Casación sean miembros “de derecho” del Consejo, limitándose, por lo demás, en disponer que los restantes miembros sean elegidos, por dos tercios por parte de todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diferentes categorías, y por un tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, entre los catedráticos de materias jurídicas y los abogados con quince años de ejercicio de la profesión. Por tanto, es la ley ordinaria (V., además de la L. 195/1958 y del Decreto del Presidente de la República n.916/1958, D.P.R. 89/1976, de 12 de abril; L.74/1990, de 12 de Abril y D.P.R. 132/1990, de 1 de junio.) la que determina el número de los miembros electivos y las modalidades para su elección.

En la actualidad y como se ha indicado anteriormente, el número de miembros electivos es de 24 (16 togados y 8 laicos). Los ocho miembros laicos son elegidos por el Parlamento en sesión conjunta con votación por escrutinio secreto y con la mayoría de las tres quintas partes de los miembros de la asamblea. Después del segundo escrutinio, en cambio, es suficiente una mayoría de las tres quintas partes de los votantes.

La elección, por parte de los magistrados ordinarios, de dieciseis miembros del Consejo Superior de la Magistratura, se efectúa:

en un colegio único nacional, son elegidos dos magistrados que ejercen funciones de legitimidad ante el Tribunal supremo de casación y la Fiscalía general ante el mismo Tribunal;

en un colegio único nacional, son elegidos cuatro magistrados que ejercen funciones de fiscal en las oficinas de evaluación y en la Dirección nacional de antimafia, o que están destinados a la Fiscalía general en el Tribunal supremo de casación, de acuerdo con el artículo 116 del ordenamiento judicial previsto en el Real decreto n. 12/1941 de 30 de enero, como sustituido por el artículo 2 de la ley n. 48/2001, de 13 de febrero;

en un colegio único nacional, para diez magistrados que ejercen funciones de juez en los departamentos de evaluación, o que están destinados al Tribunal supremo de casación, de acuerdo con el artículo 115 del ordenamiento judicial previsto en el Real decreto n. 12/1941, de 20 de enero, como sustituido por el artículo 2 de la ya citada ley n. 48/2001.

La duración en el cargo de los miembros electivos del Consejo está prevista directamente por la Constitución, que la fija en cuatro años, estableciendo la prohibición de inmediata reelección (artículo 104 Constitución).

La Carta Constitucional (art. 104) también prevé que el Consejo elija a un Vicepresidente de entre sus miembros designados por el Parlamento.

El Vicepresidente, que preside el Comité de Presidencia, es encargado de promover la actividad y la ejecución de las deliberaciones del Consejo y también de la gestión de los fondos presupuestarios. El Vicepresidente del C.S.M., además, sustituye al Presidente en caso de ausencia o impedimento, y ejerce las funciones que el Presidente le delegue (V. en particular, el art. 19 de la L.195/1958 y el art. 4 del reglamento interno del C.S.M.).

3.3. Posición constitucional del C.S.M. - En cuanto a la posición del Consejo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que se trata de un órgano que, si bien desarrolla funciones objetivamente administrativas, no es parte de la Administración Pública, ya que es ajeno al conjunto organizativo que hace referencia directamente o al Gobierno del Estado o al de las Regiones.

En relación con las funciones que se le han atribuido por parte de la Constitución, el Consejo ha sido definido “órgano de seguro relieve constitucional”. Dichas funciones, que se pueden definir como de “administración de la jurisdicción”, conciernen, en primer lugar, a la gestión del personal de la magistratura y se realizan a través de las contrataciones, asignaciones y traslados, ascensos y medidas disciplinarias referidas a los magistrados. Conciernen, por otra parte, también la organización de los Departamentos judiciales, de modo que quede asegurado y garantizado que cada magistrado, en el ejercicio de sus funciones, esté sujeto “sólo a la ley”. Bajo este último aspecto, es de subrayar que el Consejo Superior, a propuesta de los presidentes de los Tribunales de Apelación, y oídos a los Consejos judiciales, aprueba cada dos años las tablas de composición de los Departamentos judiciales de cada distrito y simultáneamente aprueba los criterios objetivos y predeterminados para la asignación de los asuntos a cada uno de los jueces.

El Consejo, por tanto, ocupa una posición de vértice en la estructura burocrática encargada de la administración de la jurisdicción y en la que colaboran también los Consejos judiciales y los jefes de cada Departamento juzgante y de instrucción.

3.4. Actividad paranormativa del C.S.M. – La ley de creación reconoce al Consejo la potestad de adoptar actos paranormativos que pueden clasificarse en tres categorías:

- a) reglamento interno y reglamento de administración y contabilidad, ambos previstos por la ley; son actos normativos secundarios, reconocidos a todo órgano político administrativo constitucionalmente relevante, vueltos a disciplinar la organización y el funcionamiento del Consejo;
- b) reglamento para las prácticas de los auditores judiciales, también previsto por la ley de creación y vuelto a disciplinar la duración y las modalidades de desarrollo de las prácticas de los magistrados que acaban de ingresar en la carrera;
- c) circulares, resoluciones y directivas: las primeras pueden ser asimiladas a la función esencial de autodisciplinar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa que la Constitución y las leyes ordinarias reconocen al órgano de autogobierno; las demás son asimilables a la función de proponer y actuar la aplicación de normas de ordenamiento judicial según una interpretación sistemática de las fuentes.

Normativa de referencia:

- L.195/1958, de 24 de Marzo.

- Decreto del Presidente de la República n.916/1958, de 16 de Septiembre.
- L. 44/2002, de 28 de Marzo

4. EL ACCESO A LA MAGISTRATURA ORDINARIA

Las oposiciones – El acceso a la magistratura profesional se produce por oposiciones públicas, de acuerdo con el art.106, párrafo 1 de la Constitución. La disciplina del acceso a la magistratura profesional ha sido objeto, en los últimos años, de varias intervenciones legislativas, tendentes por un lado a simplificar los procedimientos de las oposiciones para agilizarlas, y por el otro, a promover la formación de una base cultural común entre los sujetos del mundo jurídico que interactúan en las actividades conexas con el ejercicio de la función jurisdiccional, magistrados, notarios, abogados. El legislador, pues, ha creado, en las Universidades, escuelas de especialización post licenciatura para completar la formación de quienes, conseguida la licenciatura en derecho, tienen intención de acceder a las profesiones legales (D.Lgs. 398/1997). La efectiva creación de estas escuelas ha sido prevista a partir del curso 2001/2002.

Con la finalidad de “racionalizar” y “acelerar” el procedimiento de las oposiciones, y para que pueda “hacer frente en plazo razonable y con el necesario esmero, a la valoración de los candidatos”, con el ya citado D.Lgs. 398/1997, que ha vuelto a formular el art. 123 sobre el ordenamiento judicial, se ha vuelto a planificar el contenido de las oposiciones para auditor judicial, añadiendo a la prueba escrita y a la oral, ya previstas, una prueba preliminar –sobre las materias objeto de la prueba escrita- realizada con el uso de sistemas automatizados.

Posteriormente, la prueba preliminar informática ha sido eliminada en la nueva estructura de las oposiciones prevista por la L.48/2001, que, en cambio, para acelerar el procedimiento de corrección de las pruebas, ha creado la figura del “corrector externo”. La prevista supresión de la prueba preselectiva informática será efectiva después de la adopción del reglamento de actuación de la disciplina de los correctores externos.

Hasta la aprobación de la L .48/2001, de 13 de Febrero, sobre “aumento de la plantilla orgánica y disciplina del acceso a la magistratura”, el acceso a la magistratura podría producirse exclusivamente a través de las oposiciones nacionales para auditor judicial. Y para la admisión era necesaria, y lo sigue siendo, la licenciatura en derecho. Cuando entren en actividad las escuelas de especialización para el acceso a las profesiones legales, los candidatos deberán haber conseguido, además de la licenciatura, también el diploma de especialización.

Con la L.48/2001, junto con la oposición para auditor judicial, que sigue siendo y constituye de todos modos la modalidad principal de acceso a la magistratura profesional, ya que deberá garantizar la cobertura del 90 por cien de los puestos vacante, se ha introducido el concurso-oposición para magistrado de tribunal, reservado a los abogados con menos de 45 años de edad y al menos cinco de efectivo ejercicio de la profesión, o que hayan ejercido funciones judiciales honorarias por al menos un quinquenio, a condición de que no hayan sido sometidos a medidas de revocación.

Tanto las oposiciones para auditor judicial como el concurso-oposición para magistrado de tribunal, son articulados en tre pruebas escritas (si bien con algunas diferencias en cuanto a las materias: en el primer caso, derecho civil, derecho penal y derecho administrativo; en el segundo, derecho civil y derecho procesal civil, derecho penal y derecho procesal penal, derecho administrativo) y pruebas orales sobre las principales materias jurídicas (V.art.123 ter del Ordenamiento Judicial).

La reforma dictada por la L.48/2001 se interseca, pues, con las novedades ya introducidas con el D.Lgs. n. 398/1997, de 17 de Noviembre.

La eficacia de las disposiciones que han introducido el concurso-oposición para magistrado de tribunal, queda condicionada a la operatividad de las escuelas profesionales para el acceso a las profesiones legales.

Las oposiciones para auditor judicial y el concurso-oposición para magistrado de tribunal, son convocados por el Ministro de Justicia tras deliberación del C.S.M. que determina el número de puestos. Terminadas las pruebas, caso de que resulte idóneo un total de candidatos superior al de los

puestos a cubrir, el Consejo Superior pide al Ministerio que se le asigne un ulterior número de puestos disponibles o que resulten disponibles en los seis meses sucesivos a la aprobación de la graduación.

De esta manera parece posible una adecuada programación de concursos y oposiciones y de la dimensión cuantitativa de los mismos, evitando el actual inconveniente de la sustancial imposibilidad de hacer frente, con el acceso de los auditores judiciales, a las nuevas -y previsibles- vacantes en las plantillas que se producen en las demoras del procedimiento de las pruebas.

La comisión examinadora, nombrada por el C.S.M., es presidida por un magistrado de Casación declarado idóneo a ser ulteriormente evaluado a fines del nombramiento a funciones directivas superiores con funciones de legitimidad, y está compuesta por un magistrado, de nivel no inferior al de declarado idóneo para ser evaluado a fines del nombramiento a magistrado de casación con funciones de vicepresidente, por veintidos magistrados con nivel no inferior al de magistrado de apelación, y por ocho catedráticos de materias jurídicas.

La clasificación formada por la comisión, en relación con la suma total de las notas atribuidas en cada prueba de examen a cada candidato, es aprobada por el C.S.M.

Los ganadores de las oposiciones para auditor judicial son nombrados auditores judiciales y asignados a un departamento judicial de primer nivel, sede de tribunal de Apelación, para llevar a cabo las prácticas (la relativa disciplina ha sido modificada recientemente por D.P.R. de 17 de Julio de 1998).

La duración de las prácticas, determinada por el C.S.M., no puede ser, inferior a doce meses.

Las prácticas consisten en asistir y colaborar en la actividad judicial desarrollada por otros magistrados en los sectores civil y penal, como jueces monocráticos o colegiales, o como fiscales.

Las prácticas, dirigidas, organizadas, coordinadas y controladas por el C.S.M., valiéndose de organismos colegiales periféricos (consejos judiciales y comisiones de distrito) y de magistrados disponibles y especialmente preparados culturalmente (colaboradores y tutores), tienden a asegurar la formación profesional de los auditores judiciales y a comprobar su idoneidad al ejercicio de las funciones judiciales.

Con especial referencia a la formación, es de subrayar la actividad del C.S.M. en la organización incluso a nivel descentralizado, con la participación de los consejos judiciales, y de los referentes de distrito para la formación descentralizada, de reuniones de estudio reservadas a los auditores.

La L.48/2001, por fin, ha dispuesto un relevante aumento de la plantilla orgánica de magistratura (mil unidades) a cubrir mediante tre oposiciones extraordinarias convocadas con un decreto único

4.2. El nombramiento directo. - La Constitución prevé, como excepción al reclutamiento por oposición, el nombramiento directo “por méritos insignes” a consejeros de casación de catedráticos de materias jurídicas y de abogados con quince años de ejercicio e inscritos en los colegios especiales para las jurisdicciones superiores (artículo 106 Const.).

A la disposición se ha dado aplicación recientemente con L. 303/1998, de 5 de Agosto., y a este propósito se ha dictado la circular del C.S.M. P.-99-03499 de 18 de Febrero de 1999.

Normativa de referencia

- R.D.12/1941, de 30 de Enero, art. 121-130.
- L. 127/1997, de 15 de Mayo, art. 17, párrafos 113 y 114.
- D.P.R. de 17 de Julio de 1998.
- D.Lgs. 398/1997, de 17 de Noviembre.
- L. 48/2001, de 13 de Febrero.

5. LA CARRERA DE LOS MAGISTRADOS ORDINARIOS.

La progresión en las carreras es única para los magistrados juzgantes y para los de instrucción. Para pasar de una a otra función es necesario solamente una evaluación de aptitudes.

Los auditores judiciales, después del período de formación, pueden ser destinados a puestos de la jurisdicción de primera instancia.

El C.S.M. predispone una lista de sedes vacantes, convoca a los auditores que indican sus preferencias según el orden de la graduación de la oposición y según los eventuales títulos preferenciales que posean.

En cuanto a la progresión en la carrera, hay que recordar que el ordenamiento judicial de 1941 preveía que a las funciones “superiores” (segunda instancia y Casación) pudiera accederse sólo a través de oposiciones y evaluaciones.

La entrada en vigor de la Constitución, y en particular del art. 107 párrafo 3, según el cual “los magistrados se distinguen entre sí sólo por la diversidad de las funciones” ha comportado una sustancial revisión de la materia.

Con una serie de leyes posteriores (L. n. 570/1966, de 25 de Julio sobre el nombramiento a magistrado de Tribunal de Apelación; L. 831/1973, de 20 de Diciembre, sobre el nombramiento a magistrado de Casación), en efecto, se ha suprimido el avance en la carrera por oposiciones y evaluaciones, y se ha introducido un avance automático, por antigüedad, salvo demérito.

El sistema, por tanto, resulta estructurado de la siguiente manera: la antigüedad necesaria para el nombramiento a magistrado de tribunal es de dos años a partir de la de auditor con funciones (V. L. 97/1979, de 2 de Abril); después de once años de funciones, los magistrados de tribunal pueden ser nombrados magistrados de Tribunal de Apelación (L. 570/1977, de 25 de Julio); la antigüedad exigida para la declaración de idoneidad al nombramiento de magistrado de Casación es de siete años desde el nombramiento a magistrado de Apelación; después de otros ocho años, los magistrados pueden ser declarados idóneos para el nombramiento a las funciones directivas superiores (L. 831/1973, de 20 de diciembre).

El avance, después de haber alcanzado la antigüedad necesaria, es decidido por el C.S.M, tras parecer del Consejo judicial competente.

En caso de declaración desfavorable, el magistrado es sometido a nueva evaluación después de un determinado periodo de tiempo.

El sistema vigente se funda sobre la disociación de las calificaciones y de las funciones, en el sentido de que el avance en las calificaciones es independiente de la efectiva atribución de un puesto correspondiente a la calificación obtenida. Por ejemplo, para ser efectivamente asignado a una función de apelación (como la de consejero del Tribunal de Apelación) el magistrado debe haber conseguido efectivamente el nombramiento a la calificación de apelación; por el contrario, un magistrado de apelación o un magistrado que haya obtenido la declaración de idoneidad para el nombramiento a magistrado de casación puede continuar en el puesto que ocupa -aunque corresponda a una calificación inferior- sin límites de tiempo. Es más, recientemente ha sido introducida la posibilidad de la llamada reversibilidad de las funciones, permitiendo a los magistrados asignados a funciones de legitimidad o de apelación de ser destinados, a petición propia, respectivamente, a funciones de mérito o a cualquier otro departamento con funciones de mérito, aunque corresponda a la calificación de magistrado de tribunal (art. 21 sexies D.L. 306/1992, de 8 de Junio, convertido en L. 356/1992, de 7 de Agosto).

La única consecuencia inmediata de la progresión en la carrera es el diferente tratamiento económico.

Normativa de referencia:

L. 570/1966, de 25 de Julio.

L. 831/1973, de 20 de Diciembre.

L. 97/1979 de 2 de Abril.

6. LOS DIRIGENTES DE LOS DEPARTAMENTOS JURÍDICOS.

El Presidente del Tribunal de Casación, el Procurador general cerca del mismo tribunal y los magistrados dirigentes de los departamentos jurídicos de primera y segunda instancia, juzgantes y de instrucción, dirigen los departamentos, desarrollando tareas de “administración de la jurisdicción” en el respeto de las directivas del Consejo, y “funciones administrativas” instrumentales respecto al ejercicio de las funciones judiciales.

La atribución de las funciones de dirección es deliberada por el C.S.M., previo acuerdo con el Ministro de Justicia (V art. 11 de la L. 195/1958, de 24 de Marzo; art.22 del Reglamento interno del C.S.M).

Los criterios en base a los cuales son elegidos los dirigentes, son las aptitudes, el mérito y la antigüedad, oportunamente integrados entre sí. La evaluación comparativa de los candidatos tiene la finalidad de poner al frente del Departamento al candidato más idóneo, habida cuenta de las exigencias de funcionalidad y eventualmente de particulares situaciones ambientales (V. Circular del C.S.M. n.13000, de 7 Julio de 1999).

Para la asignación de los cargos de vértice del Tribunal de Casación y del Tribunal Superior de las Aguas Públicas, el procedimiento de evaluación comparativa queda circunscrito a los magistrados que, en los últimos quince años, hayan sido titulares de cargos directivos superiores por al menos dos años, que hayan ejercido funciones de legitimidad por al menos cuatro años, y que, consultados por el C.S.M., hayan manifestado su disponibilidad (V. Circular n.13000, de 7 de Julio de 1999, como integrada por la deliberación de 7 de Marzo de 2001).

7. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL MAGISTRADO.

El ilícito disciplinario.- El magistrado que no cumpla con su deber, o mantenga, dentro o fuera de las oficinas, una conducta no digna de la confianza y de la consideración de que debe gozar, o que comprometa el prestigio del orden judicial, puede ser sancionado disciplinariamente (V. art.18 R.D.Lgs. 511/1946, de 31 de Mayo). La genericidad de la norma preceptiva atribuye al juez disciplinario el amplio poder de la concreta individuación de los hechos que puedan reconducirse al ámbito disciplinariamente relevante: a falta de una rígida tipicidad de los ilícitos disciplinarios, en efecto, el comportamiento del magistrado debe ser valorado, por el juez disciplinario, con referencia a modelos, o cláusulas, de contenido general, localizados, como resulta de la letra del art. 18 citado, por un lado, en la confianza y en la consideración que los ciudadanos deben tener hacia el magistrado y, por el otro, en el prestigio del orden judicial en su totalidad.

Dicho sistema, reconocido como plenamente legítimo (por último ex pluribus, Casación, secciones unidas civiles n.11732/1998 de 20 de Noviembre), impone al juez disciplinario una tarea de especial relieve, cuando debe comprobar si el comportamiento de un magistrado sea, o no, conforme a los modelos o cláusulas generales de las que se ha hablado y que hacen referencia a la confianza y a la consideración de que el mismo magistrado debe gozar, y al prestigio del orden judicial.

7.2. Las sanciones disciplinarias. - Son (V. art, 19 y siguientes del R.D.Lgs. n. 511/1946):

- a) la amonestación, que consiste en relevar la falta cometida y en reprender al magistrado para que cumpla con su deber;
- b) la censura, que consiste en una reprobación formal por la transgresión constatada a cargo del magistrado;
- c) la pérdida de antigüedad, que consiste en el retraso, de duración no inferior a dos meses y no superior a dos años, en el ascenso al nivel superior;
- d) la remoción, que consiste en la expulsión definitiva del orden judicial, sanción a aplicar cuando se exprese un juicio de objetiva imposibilidad para el culpado, después de lo cometido, a desarrollar funciones judiciales en cualquier sede y a todo nivel;

e) la destitución, de contenido idéntico a la remoción, y de la cual difiere por estar relacionada con una sentencia de condena penal, aunque no como efecto automático, sino en correlación con la gravedad del hecho histórico comprobado en lo penal.

También está prevista la sanción accesoria del traslado de oficio, que el juez disciplinario puede aplicar cuando se conmina una sanción más grave de la amonestación (art.21, párrafo 6, R.D.Lgs. n 511/1946).

7.3. El procedimiento disciplinario.- El procedimiento disciplinario (para su regulación v. art. 27 y siguientes R.D.Lgs. n. 511/1946) es promovido por iniciativa del Ministro de Justicia mediante instancia al Procurador general del Tribunal de Casación. El Ministro, de esta manera, ejerce la “facultad” que el artículo 107 de la constitución le otorga.

La acción disciplinaria puede ser promovida, además, autónomamente, por el Procurador General de Casación, en calidad de fiscal cerca de la sección disciplinaria.

En todo caso, es el Procurador general quien prosigue la acción, pidiendo a la sección disciplinaria del C.S.M la instrucción formal o comunicando a la misma sección que procede con instrucción sumaria. La instrucción, por tanto, puede ser desarrollada por el Procurador general de Casación, cuando procede con el rito sumario, o bien por un componente de la sección disciplinaria, cuando se procede con el rito formal.

En la fase pre-disciplinaria, adquiere relieve fundamental el papel que puede asumir la Inspección general del Ministerio de justicia (V. L 1311/1962, de 12 de agosto) en la cual el Ministro puede delegar la adquisición de las informaciones necesarias para una consciente determinación sobre la acción disciplinaria.

El procedimiento disciplinario adquiere carácter jurisdiccional y es regulado, hasta que se pronuncie el juez disciplinario, por las normas del código de procedimiento penal de 1930, integradas por las específicas disposiciones del procedimiento disciplinario.

El procedimiento disciplinario, a garantía del interesado, debe tener inicio no más tarde de un año a partir del día en el que los titulares de la acción disciplinaria han tenido noticia del hecho que constituye el objeto de la imputación.

El juez disciplinario es un organismo colegial, la Sección disciplinaria (V. artículo 4 de la ley 195/1958, de 24 de marzo), compuesta por seis miembros: el Vicepresidente, que es miembro de derecho y la preside, cinco miembros elegidos por el C.S.M. entre sus componentes, de ellos, un miembro laico, un magistrado de casación con funciones efectivas de legitimidad, dos magistrados con funciones deliberantes, un magistrado con funciones de instrucción. El Jefe del Estado, en su calidad de presidente del C.S.M., puede valerse de la facultad de presidir la sección disciplinaria, in tal caso el vicepresidente queda excluido del colegio.

En el procedimiento disciplinario se le reconoce al magistrado culpado el derecho a la autodefensa. En el conjunto normativo original, el imputado podía, de todas maneras, confiar su defensa en otro magistrado de nivel no inferior a Magistrado de Apelación; quedaba en cambio excluída la defensa a través de defensores de foro libre (art. 34 R.D. Lgs. n. 511/1946). Sobre este aspecto ha intervenido el Tribunal Constitucional eliminando la limitación a la facultad de elección del defensor (Tribunal Constitucional, sentencia n.497/2000, de 13 de Noviembre).

Durante la instrucción o el juicio, a petición del Ministro de justicia o del Procurador general, la sección disciplinaria puede suspender de sus funciones y de la retribución al magistrado culpado. La suspensión es obligatoria caso de que el magistrado haya sido detenido (V. art.30 y siguientes. R.D.Lgs. n.511/1946).

Contra las decisiones de la sección disciplinaria cabe recurso ante las secciones unidas civiles del Tribunal de Casación, por parte del Ministro de Justicia, por el Procurador general del Tribunal de Casación y por el magistrado condenado.

Normativa de referencia:

8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MAGISTRADO.

La responsabilidad disciplinaria es consiguiente a la violación de los deberes funcionales que el magistrado asume ante el Estado en el momento de su nombramiento. Distinta y ulterior es la responsabilidad civil que el magistrado asume, frente a las partes procesuales u otros sujetos a causa de eventuales errores o inobservancias cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Esta última forma de responsabilidad, análoga a la de cualquier otro empleado público, halla su fundamento en el artículo 28 de la Constitución.

La materia, tras el resultado de una consultación referendaria que ha comportado la abrogación de la disciplina previgente, fuertemente limitativa de los casos de responsabilidad civil del juez, está reglamentada en la actualidad por la L. 117/1988, de 13 de Abril.

Bajo el perfil sustancial, la ley afirma el principio de la resarcibilidad de cualquier daño injusto consiguiente a un comportamiento, acto o disposición de un magistrado, con “dolo” o “culpa grave”, en el ejercicio de sus funciones o bien a consecuencia “de una negativa de justicia” (art.2).

La ley, después de haber puntualmente ilustrado las nociones de “culpa grave” (artículo 2, párrafo 3) y “de una negativa de justicia” (artículo 3), aclara, de todos modos, que no pueden dar lugar a responsabilidad alguna, la actividad de interpretación de normas de derecho y la de evaluación del hecho y de las pruebas (art.2, párrafo 2): bajo este aspecto, y ante la evidencia, la tutela de las partes es exclusivamente endoprocesual, a través del recurso al sistema de la impugnación de la disposición jurisdiccional que se considera viciada.

Mientras que, quedando firme la insindicabilidad en cuanto al mérito de la actividad jurisdiccional, puede haber eventualmente espacio para la responsabilidad disciplinaria del magistrado, cuando, según jurisprudencia constante de la Sección disciplinaria del C.S.M., se haya producido una anormal o macroscópica violación de la ley o un mal uso de la función judicial.

Bajo el perfil procesual, hay que señalar que la responsabilidad para el resarcimiento del daño pesa sobre el Estado, contra el cual el perjudicado puede actuar (art.4), pero en caso de que se compruebe su responsabilidad, el Estado, en determinadas condiciones, puede valerse sobre el magistrado (art.7).

La acción de responsabilidad y el relativo procedimiento están subordinados a reglas particulares: entre otras, las más significativas, conciernen la subordinación de la posibilidad de proceder, al recurso previo de todos los medios ordinarios de impugnación y demás remedios para modificar o revocar la disposición que se considera causa de daño injusto, y la previsión de un plazo de decadencia para el ejercicio de la acción (art. 4); el exámen de la admisibilidad de la acción, a fines del control de las correspondientes presuposiciones, del respeto de los plazos y de la evaluación de la eventual “falta de fundamento manifiesta” (art.5); la facultad de intervención del magistrado en el juicio contra el Estado (art.6).

Para garantizar la transparencia y la imparcialidad del juicio, en el sistema se ha configurado el traslado de la competencia sobre las causas de que se trata (artículos 4 y 8), para evitar que tal competencia recaiga en un juez del mismo Departamento en el que presta o ha prestado servicio el magistrado cuya actividad se considera haya provocado un daño injusto. Los criterios para indicar al juez competente han sido modificados recientemente, por la L. 420/1998, de 2 de Diciembre, precisamente para evitar todo riesgo de prejuicio en el conocimiento de las causas de que se trata.

Normativa de referencia:

- L. 117/1988, de 13 de Abril.

9. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MAGISTRADO .

Bajo el perfil penal es indudable que el magistrado, como funcionario público, puede ser llamado a responder de sus delitos, cometidos basándose precisamente sobre el cargo que ostenta (simplificando: abuso de oficio, corrupción, corrupción en actas judiciales, concusión, omisión de actos de oficio, etc.); así como, paralelamente, puede adquirir la calificación de persona ofendida, junto con el Estado, por los delitos cometidos por privados contra la Administración Pública (la hipótesis típica es la de ultraje y, en especial, la de ofensa a un magistrado en audiencia).

A este propósito, hay que recordar que con la L. 420/1998, de 2 de Diciembre, ya citada, se ha reformado profundamente la disciplina de la competencia para los procedimientos relacionados con los magistrados, a fin de garantizar, también bajo el aspecto de la transparencia, la máxima autonomía de juicio a los magistrados que deben juzgar en procedimientos a cargo de otros colegas. Se ha intervenido significativamente, sobre las reglas procesuales penales (art. 11 del Código de procedimiento penal y art.1 de las disposiciones de aplicación del Código de procedimiento penal), introduciendo un mecanismo de individuación del juez competente, que pueda evitar el riesgo de las competencias “recíprocas” (o “cruzadas”) que, en el pasado, habían dado lugar a fuertes motivos de perplejidad. Y se ha llenado, sobre todo introduciendo la previsión de un mecanismo análogo para el traslado de competencias en los procedimientos civiles, un vacío que hubiera podido dar lugar a dudas de constitucionalidad no infundadas.

SEGUNDA PARTE

PROBLEMAS DE APLICACION DEL SISTEMA VIGENTE

1. LAS BASES DE LA INDEPENDENCIA Y DE LA AUTONOMÍA DE LA MAGISTRATURA.

En nuestro sistema judicial, los principios de la independencia y de la autonomía de los jueces tienen gran importancia. Dicha importancia se deriva de una exigencia *conceptual* y de una exigencia *histórica*. En cuanto a la primera, hay que tener en cuenta que Italia forma parte de los sistemas de *civil law*. De manera muy aproximada, se puede decir que en estos sistemas la ley – es decir la que, en el proceso, adquiere relieve como regla de juicio para resolver el caso – es *dictada* por otros órganos del Estado – generalmente por el Parlamento, a veces por el Gobierno, y hoy día también por los entes territoriales menores – mientras que los jueces la *aplican*. Esto significa que los jueces participan en el procedimiento de formación del derecho sólo indirectamente.

Este planteamiento conceptual ha hecho posible configurar a los jueces como gestores de una función pública a desarrollar de forma *vinculada*. De ahí el convencimiento de que los mismos puedan ser designados por oposiciones, asumir la condición de empleados del Estado y no estar sometidos a ningún control sobre el mérito de sus actos, siendo dicho mérito previamente establecido por la ley. De ahí también la necesidad de que a los jueces se les garantice independencia y autonomía, porque en el ejercicio de sus funciones deben no sólo ser, sino también parecer *terceros imparciales*. Es más, tercería e imparcialidad son consideradas como las características que permiten distinguir a los jueces de los demás órganos que ejercen funciones estatales diversas.

En orden a la segunda razón, es decir la histórica, hay que subrayar que la estructura actual de nuestro sistema ha adquirido su forma, después de la

segunda guerra mundial, sobre la base de la Constitución republicana, cuya inspiración democrática está en antítesis con el anterior régimen fascista, indudablemente autoritario. En el pasado, en efecto, había habido un abuso, en la gestión de la justicia, que se puede referir a tres factores: a) limitación del derecho de actuar en juicio; b) presiones *ab externo* sobre la magistratura; c) creación de jueces especiales.

Es obvio que, al refundar el Estado, nuestra Constitución, que en 1998 ha celebrado sus primeros cincuenta años de vida, ha prestado especial atención en evitar que se repitieran dichos abusos y desvíos.

2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA TERCERÍA DEL JUEZ.

En la Constitución, la neutralidad del Juez está garantizada, en particular, por las normas que prevén: a) la prohibición de la iniciativa procesal de oficio (art. 24, párrafo 1); b) la garantía del juez natural (art. 25, párrafo 1); c) la prohibición de designar a jueces extraordinarios o especiales (art. 102); d) la sujeción de los jueces a la ley (art. 101, párrafo 2). Los principios contenidos en estas disposiciones han sido ulteriormente reafirmados y reforzados por el art. 6 del Convenio europeo sobre los derechos del hombre, que Italia ha traspuesto en su ordenamiento con la L. 848/1955, de 4 de Agosto, y que han constituido la base de la modificación del art. 111 de la Constitución, efectuada con Ley Constitucional n. 2/1999, de 23 de Noviembre. Es oportuno examinarlos sintéticamente.

La prohibición de iniciativa oficiosa se recaba *a contrario* del art. 24, que, en cambio, expresa en su letra el principio fundamental según el cual no es posible poner a los ciudadanos límites u obstáculos a su defensa en el proceso de las posiciones substanciales que el ordenamiento les haya reconocido. En efecto, si desde el punto de vista positivo el respeto de las situaciones substanciales reconocidas a cada persona hace imposible poner limitaciones de cualquier tipo a su tutela en el proceso, desde el punto de vista negativo, (y aquí está la otra cara del art. 24) igual respeto impone que sólo quien se afirma portador de la situación sustancial pueda decidir si recurrir o no a la tutela jurisdiccional.

El Constituyente, además, ha tenido plena consciencia de que la colectividad no percibiría como *natural* al juez que fuera designado después del inicio de la controversia o del asunto judicial, o que, de todos modos, fuera elegido sobre la base de criterios elaborados después de su inicio. Es *natural*, sobre la base de estas exigencias, el juez designado en virtud de criterios objetivos preexistentes al inicio del proceso, y ello, de todas maneras, no es suficiente para evitar todo riesgo, porque el legislador ordinario podría eludir el

principio con la creación de jueces *ad hoc* a los cuales los “criterios objetivos preexistentes” confiarían la competencia sobre determinadas controversias. El art. 25 párrafo 1, bajo este aspecto, debe ser relacionado con el art. 102, párrafo 2, que prohíbe el recurso a los jueces *extraordinarios* (a cuya institución se procede precisamente en función de determinados procesos).

En cuanto a la sujeción del juez sólo a la ley, debe evidenciarse que el segundo párrafo del artículo 101 permite una doble lectura. En su forma positiva, el mismo es funcional a la exigencia de garantizar la autonomía y la independencia del juez, que es hecho inmune contra las presiones de los demás órganos constitucionales y cuya única sujeción es tan sólo a la ley. Desde otro punto de vista, esta garantía se transforma en una limitación, porque si es verdad que los jueces están sometidos sólo a la ley, también es cierto, que no pueden superarla, y que en la ley deben buscar y hallar el cánón de evaluación preconstituído de cada caso concreto. Para reforzar ulteriormente esta limitación, el art. 111, párrafo 6, establece que los jueces deben motivar expresamente las razones de sus decisiones, de manera que se pueda efectuar un control, no sólo por parte de los destinatarios directos, sino del mismo pueblo, en cuyo nombre se administra la justicia.

3. EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA.

Especial atención ha dedicado el Constituyente al problema de la autonomía y de la independencia de los jueces. A estos fines ha constituido la magistratura ordinaria en “un orden autónomo, independiente de cualquier otro poder” (art. 104) y ha creado un órgano de autogobierno: el Consejo Superior de la Magistratura, que gobierna la entera carrera de todos los magistrados (art. 105).

A la creación de este organismo se llegó tras un debate en el seno de la Asamblea Constituyente a finales de 1947. “Los Padres de la Constitución” vieron clara la necesidad de cortar el “vínculo de sumisión” de la magistratura al ejecutivo y de constituir la misma “en un orden que para ser a su vez autogobernado, es decir independiente de cualquier otro poder”, garantizando la independencia de sus componentes (Leone).

Se individuaron las funciones (que el Diputado Ruini, con cierta fantasía definió “los cuatro clavos”): nombramientos, ascensos, disciplina, traslados. Durante mucho tiempo se discutió sobre su composición. Se enfrentaron dos tesis. La primera, inspirada por los magistrados y por quienes eran favorables a una rígida interpretación de la división de los poderes (por ejemplo, los Diputados. Cortese, Buoizzi, Dominedò, Perlingieri etc.) apuntaba a que el C.S.M. estuviese integrado sólo por Magistrados, porque sólo de esta mane-

ra se hubiera evitado el riesgo de contaminaciones (Dominedò) y el de que “la política penetre en cada decisión; y de hacer llegar presiones indebidas e ingerencias profesionales a los órganos judiciales” (Caccuri).

La otra tesis, en cambio, tenía su origen en la consciencia de que era necesario evitar la creación de un cuerpo separado y de convertir el C.S.M. en el déspota del ordenamiento de la magistratura (Grassi). Había que perseguir la exigencia de realizar una armonía institucional (Varani), de asegurar continuidad entre vida social y vida institucional, y de hacer llegar al organismo judicial un soplo de vida externo (Leone), de impedir la creación de un “estado en el estado”, de una “casta cerrada e intangible” (Preti) “separada e irresponsable” (Dominedò), “una secta” (Persico), un órgano totalmente separado de los demás aparatos administrativos del Estado y sustraído del control del órgano de representación popular, de los medios de información y de la misma opinión pública (Cappi). La propuesta contenida en el art. 97 del proyecto original de la Constitución, asignaba al C.S.M. una composición paritaria, con la participación “fuera de cupo” del Primer Presidente del Tribunal de Casación como Vicepresidente. En el contraste entre las dos posiciones mencionadas, se llegó a un compromiso y fue aceptada la enmienda sugerida por el Diputado Scalfaro en la sesión de tarde del 12 de Noviembre de 1947: dos tercios de miembros togados y un tercio de miembros laicos.

Hubo discusión también sobre la presidencia del C.S.M.

En origen se propuso otorgar la presidencia, o al menos la vicepresidencia, al ministro de Justicia o al Primer Presidente del Tribunal de Casación. Las propuestas fueron rechazadas al objeto de garantizar al C.S.M. una independencia estructural absoluta (Diputados Calamandrei y Buozzi).

Se optó por atribuir la presidencia al Jefe del Estado como garante de su unidad (Buozzi), con una solución que respondía también a exigencias de “simetría institucional” (Leone), a la necesidad de impedir que el C.S.M. se convirtiera en “un cuerpo cerrado y rebelde” algo así como una “cometa que pueda salirse autónomamente de la órbita constitucional” (Calamandrei). Conscientes de que el Jefe del Estado hubiera podido participar a la vida del Consejo solamente en las ocasiones solemnes, se pensó en que fuera flanqueado por un órgano auxiliar, que asumiría la presidencia *efectiva* del Consejo. También en esta ocasión se pensó, en principio, al Ministro de Justicia o al Primer Presidente del Tribunal de Casación (Leone, Condorelli, Perlingeri); se llegó, finalmente, al compromiso de que el Vicepresidente fuese elegido por el Consejo entre los miembros laicos.

La creación del órgano de autogobierno ponía en una luz completamente distinta la función del Ministerio de Justicia, al punto de que alguien

llegó a proponer incluso su abolición (Patricolo). De hecho al Ministro han sido conservadas funciones “residuales”, relativas a la organización y gestión de los departamentos judiciales y de los servicios administrativos, a la prevención y ejecución de las sanciones, a la vigilancia sobre la legalidad de los comportamientos del personal de la magistratura.

4. LOS ACTOS DEL C.S.M.

Después de haber delineado las razones que han llevado a la creación del C.S.M es necesario ilustrar, en síntesis, su colocación en el conjunto institucional de nuestro País.

Según el artículo 105 de la Constitución “corresponden al Consejo superior de la magistratura, según las normas del ordenamiento judicial, las admisiones, las asignaciones y los traslados, los ascensos y las medidas disciplinarias respecto a los magistrados”.

Es indudable que el Consejo ha sido delineado por la Carta Constitucional como órgano de *relieve constitucional*. Ello comporta que el C.S.M. disponga mediante actos administrativos, que en Italia están sujetos al control jurisdiccional del juez administrativo (como confirmado, por último, por el Tribunal Constitucional en sentencia n. 419/1995). Esta solución, crea alguna dificultad, sobre todo cuando el Consejo designa a los jefes de los departamentos judiciales. En estos casos, en efecto, nuestro ordenamiento judicial prevé que al nombramiento se llegue tras una actividad de *concertación* con el Ministro de Justicia (solución considerada legítima constitucionalmente; sentencia del Tribunal Constitucional, n. 379/1992). Esto deja entrever que, al menos en las hipótesis de actividad concertada (con evidente relevancia también política) el control del juez administrativo debería ser muy reducido.

En el ámbito disciplinario el C.S.M. se presenta como órgano jurisdiccional. La justicia disciplinaria sobre los magistrados es ejercida por una sección del Consejo, formada por nueve miembros (seis componentes togados y tres laicos), que dispone con decisiones sometidas a control de legitimidad por parte del Tribunal de Casación. Por consiguiente, la última palabra sobre las medidas disciplinarias que afectan a magistrados, acaba por ser la del órgano de vértice de la misma Magistratura.

A este respecto es oportuno subrayar que el ordenamiento italiano no prevé una tipificación del ilícito disciplinario, sino que contempla una hipótesis tan genérica – conducta que hace que el magistrado sea considerado indigno de la confianza de que debe gozar, o que comprometa el prestigio del orden judicial – que será luego el Juez disciplinario quien deberá valorar, caso por

caso, si ha decaído la confianza o si el prestigio ha quedado comprometido, y deberá hallar la sanción (amonestación, censura, pérdida de la antigüedad, remoción, destitución) adecuada a la importancia del ilícito comprobado.

La experiencia de estos cuarenta años, finalmente, ha demostrado que el C.S.M. ha ampliado progresivamente su esfera de competencia, a través de la emanación de circulares, reglamentos y directivas con eficacia externa y, a veces, con actos de *línea política*. En relación con las circulares, los reglamentos y a las directivas, se ha hablado de actividad *paranormativa*, que a menudo llega a interpretar, y alguna vez a integrar, la legislación vigente con efectos que, aún careciendo de eficacia vinculante, pueden, de todos modos, acondicionar tanto el alcance de los actos del mismo Consejo, como “los comportamientos de los potenciales destinatarios” (Sorrentino).

Esta evolución ha sido objeto de animadas discusiones.

5. LAS POSIBLES FORMAS DE PRESIÓN SOBRE EL JUEZ.

Menor o totalmente nula ha sido la atención de los constituyentes respecto a las demás posibles presiones que pudieran influir sobre la “neutralidad” del magistrado. Estas presiones se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) las procedentes del interior del orden judicial; b) las que se derivan de particulares relaciones que el juez tenga con la controversia o con una de las partes en juicio; c) las debidas a ideologías particulares, y más específicamente, a relaciones políticas o asociativas; d) o, finalmente, las que proceden de las presiones de grupos organizados.

A) Hasta ahora se ha valorizado al máximo la norma contenida en el tercer párrafo del artículo 107, según el cual “los magistrados se distinguen entre sí sólo por la diversidad de funciones”, con la finalidad de conseguir la sustancial anulación de la carrera, que hoy es prácticamente automática y da lugar a escalafones abiertos hasta el nivel de Consejero de Casación, idóneo para el ejercicio de funciones directivas, siendo totalmente desvinculada de las funciones concretamente ejercidas (así se puede dar el caso de que un juez de cualquier tribunal periférico avance en la carrera hasta el nivel de consejero de Casación sin haberse movido nunca de su sede). Las razones de esta evolución legislativa han sido indicadas en el hecho de que en el anterior sistema los magistrados estaban sujetos al poder de los jefes de los departamentos, los incitaba al conformismo hacia las decisiones del tribunal de Casación, y los hacía vulnerables en caso de ambiciones de carrera. La exactitud de estas razones es sagrada. Y, sin embargo, surge la duda de si el camino elegido para conseguir los objetivos haya sido el más justo.

No es casual que el Tribunal Constitucional (sentencia n. 87/1982) haya declarado ilegítimo el art. 23, párrafo 2, de la ley 195/1958, de 24 de Marzo, en la parte en que establecía que los puestos asignados a los magistrados de tribunal de Casación para la composición del C.S.M. podían ser atribuidos a “magistrados que hayan conseguido el nombramiento, aunque no ejerzan las respectivas funciones”. El Tribunal Constitucional, de esta manera, ha reafirmado que, para la elección al C.S.M., no es suficiente que los magistrados de Casación sean idóneos para el ejercicio de las funciones correspondientes, sino que deben ejercerlas efectivamente.

B) Las particulares relaciones con la controversia o con las partes, son consideradas (no por parte de la Constitución, sino) por la ley procesal ordinaria. Los artículos 51 y siguientes del Código de procedimiento civil, y 37 y siguientes del Código de procedimiento penal, regulan los institutos de la abstención y de la recusación de los jueces, determinando los casos (que son idénticos) en que subsiste la obligación del juez de abstenerse o el poder de la parte de pedir la recusación del mismo (y son relaciones de interés, de parentesco, de particular amistad, de enemistad, de deuda o crédito, o bien hipótesis en las que el juez se haya pronunciado sobre la causa).

El tema de la abstención y de la recusación en estos últimos años ha adquirido especial relieve, porque cuanto más resulta penetrante el control judicial en los casos de la vida, tanto más debe ser rigurosa la valoración de la imparcialidad del juez. Es fácil de intuir, pues, que el problema se ha planteado, sobre todo y en primer lugar, en el proceso penal, en cuyo ámbito el Tribunal Constitucional ha afirmado la ilegitimidad constitucional del art. 34 párrafo 2 del código de procedimiento penal, entreviendo una situación de incompatibilidad entre el juez que ha aplicado una medida prudencial personal y el juez miembro del colegio para el debate (V. sentencias n. 432/1995, n. 131/1996 y n. 155/1996). Inmediatamente después se empezó a dudar de la legitimidad constitucional del artículo 51, párrafo 1 n. 4 del Código de procedimiento civil, en la parte en que no prevé una causa específica de incompatibilidad a tratar y decidir del juicio de mérito, constituida por haber tenido conocimiento de la controversia en la fase del procedimiento cautelar introducido antes del inicio del proceso de mérito. El Tribunal Constitucional ha rechazado la cuestión (sentencia n. 326/1997, reafirmada por la ordenanza n. 315/1998, de 9 de Julio), considerando que en su normal utilización, el procedimiento cautelar está fundado sobre un conocimiento sumario que no interfiere sobre la decisión de mérito, que debe dictarse sólo después de un conocimiento pleno. Por consiguiente, un problema puede plantearse en concreto sólo cuando el juez del procedimiento cautelar, alejándose del

esquema normativo, proceda a una instrucción que haga casi supérflua la sucesiva, del juez de mérito. En ésta hipótesis, el juez – según el Tribunal – debe valorar si existen razones graves de conveniencia para pedir al jefe del departamento, la autorización a abstenerse.

Sobre esta base, han sido rechazadas las cuestiones de constitucionalidad del artículo 669 *octies* del Código de procedimiento civil (ordenanza del 20 de Mayo de 1998, n. 193); del artículo 354 del Código de procedimiento civil (norma, ésta última, que permite al juez de la impugnación de reenviar, en algunos casos, el proceso al mismo juez que ha emitido la sentencia impugnada: sentencia n. 341/1998); del art. 186, *quater*, del Código de procedimiento civil (que permite de dictar sentencia al mismo juez que ha dictado la llamada ordenanza post-instructoria: sentencia n. 168/2000); del art. 703 del Código de procedimiento civil (la parte en que se permite al juez que ha dictado la disposición posesoria de tratar sucesivamente el proceso de mérito: sentencia n. 120/2000); del art. 24 del Estatuto de los trabajadores (la parte en que permite al juez que ha dictado la disposición inmediata de conocer acerca de la oposición: sentencia n. 387/1999) y de los art. 98 y 146 de la Ley de quiebra (las partes que permiten que el juez delegado conozca las causas de oposición al estado pasivo y las acciones de responsabilidad que él mismo ha autorizado: sentencias n. 167/2001 y 176/2001)

Parece evidente, incluso de esta rápida síntesis, que el Tribunal después de haber acelerado, quizás excesivamente, sobre el garantismo formal, en cuanto al proceso civil ha frenado, intentando hallar un punto de equilibrio en la existencia de una situación que *en concreto* comprometa la imparcialidad del juez.

B1) El animado debate que se ha desarrollado en estos años, sobre todo en relación con el proceso penal, ha desembocado en una modificación del art. 111 de la Constitución, que, para potenciar al máximo el valor de la imparcialidad del juez, ha establecido, a nivel constitucional, la necesidad de que el proceso se desarrolle en contradictorio entre las partes, ante un juez tercero e imparcial, y que, en el proceso penal, la prueba *se forme* en el debate.

La legislación ordinaria posterior ha sido dirigida a dar una concreta aplicación a estos principios. Entre las leyes más recientes se señalan:

1. Ley 397/2000, de 7 de Diciembre en materia de investigaciones defensivas, que aplica el principio de la igualdad de las partes en función del derecho a la prueba;
2. Ley n. 63/2001, de 1 de Marzo, que ha adecuado la disciplina procesal penal en materia de formación y valoración de la prueba;

3. Ley n. 60/2001, de 6 de Marzo, que ha modificado la disciplina en materia de defensa de oficio, en vistas de una completa efectividad del contradictorio en el proceso penal;
4. Ley n. 134/2001, de 29 de Marzo, que ha modificado las reglas sobre el patrocinio a cargo del Estado para los menos pudientes, en la perspectiva de hacer efectivo el derecho a la defensa.

C) Ninguna norma prevé que la influencia de las ideologías y de la pertenencia a asociaciones o partidos políticos pueda comprometer la imparcialidad del juez. Sólo el art. 98, párrafo 3, de la Constitución, prevé que “por ley, se pueden establecer límites al derecho de los magistrados de afiliarse a partidos políticos”. Es cierto, sin embargo, que no es la afiliación a partidos políticos la que comporta un atentado a la imparcialidad, sino la incapacidad del magistrado -y por tanto un hecho interno e insindicable de su conciencia- de no dejar que prevalezca su particular ideología sobre una objetiva y libre evaluación de la controversia (de modo que, si en alguna ocasión, se ha intentado incluir entre los motivos de recusación del magistrado, su posición política o asociativa, ello es síntoma de un malestar, o de la sensación de que no siempre los jueces saben separarse con respecto al proceso).

Tampoco se prevén instrumentos para evitar que el juez pueda ser influido por medios de presión (se piense a las campañas de prensa o televisivas), de manera que pueda ser influida la serenidad de su juicio. Las únicas normas que, de alguna manera, guardan relación con el tema del que se trata, son el art. 114, que regula la prohibición de publicar determinados actos (en el Código de procedimiento penal anterior, la materia estaba regulada por el art. 164) y el art. 329 del nuevo Código de procedimiento penal, sobre la obligación del secreto.

De hecho, sobre todo en los últimos años, han sido cada vez más frecuentes las reiteradas intervenciones de los medios de comunicación y de los políticos con críticas a la actuación de los magistrados. Cuando el C.S.M. ha advertido el riesgo de que ello pudiera deslegitimar al magistrado en el ejercicio de sus funciones concretas, ha abierto expedientes “para tutela” del mismo, con los cuales, hecha una puntual reconstrucción de los acontecimientos, ha confirmado la confianza en el magistrado todas las veces que no han aflorado elementos de responsabilidad a cargo del mismo.

El artículo 114 ha tenido en cuenta las indicaciones del Tribunal constitucional (sentencia n. 65/1965) que ha puesto en primer plano la necesidad de prestar el máximo interés al principio fundamental, según el cual la información pública debe ser garantizada siempre. El legislador, sin embargo, no ha respetado plenamente la tesis del Tribunal, ya que este último, con sen-

tencia n. 59/1995, ha declarado ilegítimo el art. 114, párrafo 3 del Código de procedimiento civil, en la parte que limitaba la publicidad de los actos incluidos en el expediente para el debate, que por definición el juez tiene que conocer. Pero la materia relativa a la delicada relación entre justicia e información es, digamos, *in fieri* y como tal, objeto siempre de nuevas propuestas de intervenciones normativas.

6. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El análisis de las solas normas, no llega a dar un cuadro exhaustivo y significativo del sistema introducido con la Constitución, si el análisis no es enriquecida con el examen de cómo estas normas hayan influido sobre la legislación ordinaria, a través de la obra concretizadora del Tribunal Constitucional. En particular, el Tribunal ha intervenido repetidamente sobre el tema del juez natural y de la garantía de independencia de los jueces especiales, y también sobre el derecho de defensa.

Hemos visto que los asuntos judiciales, generalmente, son confiados a los magistrados ordinarios, que son reunidos en un orden autónomo e independiente regido por el Consejo Superior de la Magistratura. La Constitución, en el artículo 103, prevé otros órganos judiciales con competencias específicas: el Consejo de Estado y los demás órganos de justicia administrativa para la tutela ante la administración pública, de los intereses legítimos y, en particulares asuntos, de los derechos subjetivos; el Tribunal de Cuentas para las materias de contabilidad pública y otras especificadas por la ley; los tribunales militares, en tiempos de paz, para los delitos militares cometidos por pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y en tiempos de guerra, en el ámbito de la jurisdicción establecida por la ley (parece que el Tribunal Constitucional considere que la competencia del Tribunal Militar en tiempo de paz pueda ser derogada por el legislador en favor de la magistratura ordinaria, en caso de razones justificadas: sentencia n. 90/2000).

La Constitución ha prohibido la introducción de jueces especiales (art. 102 párrafo 2) y, en cuanto a los jueces especiales pre-existentes, ha establecido, con la VI disposición transitoria, que, en los cinco años a partir de la entrada en vigor de la Constitución, se hubiera procedido a la revisión de los órganos especiales de jurisdicción existentes en el momento. Considerado que los cinco años transcurrieron rápidamente sin que el legislador hubiese procedido a la revisión, al Tribunal constitucional se le planteó un primer problema de interpretación: el inútil transcurso de los cinco años, ¿había convertido en inconstitucionales a todos los jueces especiales pre-existentes? o bien, ¿permitía que estos quedasen en vida? El Tribunal ha optado por la

segunda solución, considerando que en la Constitución quedaba implícitamente reconocida su compatibilidad con el sistema. De esta manera, sin embargo, se ha cargado con la labor ulterior de establecer si las leyes que reglamentan cada jurisdicción aseguran suficientemente la independencia de los jueces (tal y como reza el art. 108 párrafo segundo) y, al mismo tiempo, fueran respetuosas de la exigencia de garantizar a los ciudadanos la plenitud de la tutela jurisdiccional, exigencia expresada por las disposiciones combinadas de los art. 24, párrafo 1, y 113 párrafo 2.

La Constitución, ha previsto un órgano de gobierno autónomo sólo para la magistratura ordinaria. Para las demás jurisdicciones (administrativa, contable y militar) vale el art. 13, según el cual los respectivos ordenamientos están sujetos a reserva de ley, a la que compete asegurar la independencia de los jueces. Surge, así, también para éstos, la necesidad de sindicar si las garantías son suficientes. Alguna duda planteada a propósito de los tribunales militares ha sido considerada infundada por el Tribunal Constitucional (V. sentencias n. 542/2000 y n. 166/1999).

A) Si la prohibición de introducir a un juez especial es el complemento necesario de la garantía del juez tercero e independiente, también es cierto que a menudo a la base de la creación del juez especial existe una exigencia concreta, y no menospreciable: aquella según la cual la naturaleza de algunos asuntos judiciales requiere que el juez tenga conocimientos técnicos y una sensibilidad particular que, normalmente, los magistrados ordinarios no poseen. Para satisfacer tal exigencia, el art. 102, párrafo 2, ha establecido que “pueden ser instituídas, cerca de los órganos judiciales ordinarios, sólo secciones especializadas, para determinadas materias, incluso con la participación de ciudadanos idóneos, ajenos a la magistratura”.

De esta manera, la sección especializada es un juez ordinario aunque esté compuesta de modo especial. La particularidad de dicha composición, sin embargo, no debe ser tal que pueda rodear, de modo subrepticio, la prohibición de introducir a jueces especiales. Por tanto, se ha planteado la duda de si una composición con jueces togados institucionalmente en minoría fuera compatible, o no, con el sistema. La respuesta ha sido afirmativa, a condición de que otras características del funcionamiento de la sección permitan considerar no eludida dicha prohibición (y a este fin, la clasificación del juez especializado y el sistema de controles sobre sus decisiones tiene especial relevancia). Por el contrario, el Tribunal ha considerado inconstitucionales las normas que *prevén* la designación de los componentes ajenos “de vez en vez” en ocasión de cada controversia (sentencia n. 83/1998). Las secciones especializadas más importantes, hoy en función, son: el Tribunal de

menores, los Tribunales regionales de las aguas, las Secciones especializadas Agrarias, la Sección especial instituída cerca del Tribunal de Apelación de Roma para intervenir sobre las reclamaciones contra las decisiones de los comisarios liquidadores de los usos cívicos. Las secciones de los tribunales que actúan como jueces de trabajo, no son ni jueces especiales ni secciones especializadas; en efecto, no están compuestas de manera distinta de las demás (y ello, aunque la ley dé específico relieve a las “secciones trabajo” cerca de los tribunales y de los Tribunales de Apelación: V. art. 38 y 39 del D.Lgs n. 51/1998, de 19 de Febrero).

B) Pasando más específicamente a las garantías del juez natural, el Tribunal ha tenido que establecer si particulares institutos, contemplados en nuestro ordenamiento, sean o no en contraste con dichos principios.

Uno de los primeros institutos llevados al exámen del Tribunal ha sido el de la remisión del procedimiento penal a otro juez por motivos de orden público o por legítima sospecha (artículos 55 y siguientes del Código de procedimiento penal). Aunque el tribunal (sentencias n. 50/1973 y 109/1973) haya considerado constitucionalmente legítima dicha disciplina, algunas criticables aplicaciones de la misma, indujeron al legislador a modificarla, poniendo al tribunal de Casación unos vínculos más rigurosos para la elección del juez *ad quem* (un juez entre los del mismo distrito del mismo tribunal de apelación, al que pertenece el juez originalmente competente, o bien del distrito de un tribunal de apelación cercano: artículo 58, párrafo 3º, del Código de procedimiento penal, modificado por el art. 1 L. 773/1973, de 15 de Diciembre). Hoy la materia es disciplinada *ex novo* por los art. 45 y siguientes del nuevo Código de procedimiento penal.

Se ha dudado también de que las modificaciones de los criterios de competencia – por ejemplo a través de la supresión de departamentos judiciales o la modificación de las áreas territoriales de competencia – puedan llevar a la violación del principio establecido por el artículo 25 de la Constitución. El tribunal (sentencia n. 56/1967) ha considerado infundada dicha cuestión, observando que la garantía del juez natural no puede comportar una cristalización definitiva de las competencias ya existentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, y que cambios de las exigencias concretas, y claras razones de funcionalidad pueden imponer nuevas modificaciones de los departamentos judiciales, con tal de que dichas modificaciones no se efectúen en relación con cada específica controversia, sino con categorías enteras de asuntos judiciales.

Siempre por contraste con el artículo 25, párrafo primero, se ha dudado de que sea legítimo el poder de los jefes de los departamentos judiciales de *sus-*

tituir a un juez con otro, en caso de impedimento permanente de este último, o bien de nombrar a un *suplente*, en caso de impedimento temporal. El tribunal ha considerado infundada la cuestión, observando que no se puede eliminar todo margen de discrecionalidad en los jefes de los departamentos judiciales cuando provén a las exigencias de tales departamentos, y que el impedimento del magistrado que debe ser sustituido, o al que hay que suplir, es razón objetiva suficiente para justificar el ejercicio del poder directivo (sentencias n. 156/1963 y n. 173/1970), siempre que tal poder se ejerza siguiendo criterios prefijados y con decisiones motivadas (sentencias n. 392/2000 y n. 571/2000). La materia, sin embargo, es muy delicada, como lo demuestra el hecho de que el legislador haya intervenido varias veces (V. D.P.R. n. 449/1988; D.Lgs n. 273/1989; y L. n. 133/1998) sobre los artículos 97 y siguientes del ordenamiento judicial, que regulan las suplencias y las aplicaciones.

Por las mismas razones se ha justificado el poder de los jefes, de estructurar, predisponiendo cada año las llamadas 'tablas', los departamentos judiciales, repartiéndolos en secciones, asignando a éstas los magistrados y estableciendo las competencias internas (sentencia n. 146/1969 y sobre todo la n. 392/2000). En particular, las 'tablas' bienales son propuestas por los presidentes de los tribunales de Apelación, oídos los consejos judiciales, y son deliberadas por el C.S.M. y luego transpuestas en un Decreto del Ministro de justicia (art. 7bis del R.D. n. 12/1941, de 30 de Enero, añadido por el art. 3 del D.P.R. n. 449/1988, de 22 de Septiembre, y luego modificado por el art. 6 del D.Lgs. n. 512/1998, de 19 de Febrero, y por el art. 57 de la L. n. 479/1999, de 16 de Diciembre).

Otro poder de los jefes de los departamentos judiciales puesto en discusión, ha sido el de asignar cada cuestión a las secciones y/o jueces (la denominada 'comisión').

El Tribunal ha considerado infundada la cuestión, observando que la discrecionalidad atribuida a los jefes de los departamentos judiciales de proveer a las exigencias de estos últimos puede ser delimitada, pero no puede ser totalmente suprimida (V. sentencia n. 272/1998). En particular, reconocido que existe, en línea general, inconciliabilidad entre preconstitución del juez y discrecionalidad en orden a su concreta designación, se ha afirmado que el poder discrecional de los jefes de los departamentos en la asignación de los asuntos debe tener la única finalidad de satisfacer exigencias de servicio, objetivas e imprescindibles, para hacer posible el funcionamiento del departamento y facilitar su eficiencia, quedando excluida cualquier otra finalidad (sentencia n. 272/1998). Sobre la base de estas indicaciones, el problema se divide en dos:

a) cuáles puedan ser los modos para asegurar que el poder discrecional de los jefes se ejerza en función de exigencias objetivas; b) cuáles puedan ser las

consecuencias de un incorrecto ejercicio de tal poder. Considerado que sobre la segunda cuestión es inevitable concluir en el sentido de que la eventual opción incauta o incorrecta del poder discrecional no tiene consecuencias en el proceso, a menos que no se den razones de abstención o de recusación del juez, se tiende a hallar una solución *a priori*, anulando el poder discrecional en la distribución de los asuntos mediante la adopción de criterios automáticos; y ello aunque la distribución automática, cualquiera que sea el criterio adoptado, pueda dar lugar a inconvenientes de cierto alcance. El C.S.M., por tanto, ha intervenido con circulares limitativas del poder de los jefes de los departamentos, y algunos de ellos, considerando vulnerada la esfera de sus atribuciones, ha planteado conflicto de atribución. Al declarar inadmisibles el conflicto, el Tribunal ha subrayado que las competencias en orden a la designación de los magistrados para conocer los procedimientos no afectan a la delimitación de la esfera de atribuciones determinada por normas constitucionales, teniendo su disciplina y fundamento exclusivamente en normas de ley organizativas y de ordenación (sentencia n. 90/1996). Los art. 3 y 4 del D.P.R., n. 449/1988, de 22 de Septiembre, y posteriores modificaciones, han incluido en la ley sobre el ordenamiento judicial (el R.D. n. 12/1941) el ya recordado art. 7 bis y el art. 7 ter, disciplinando las materias de las tablas de los departamentos estructurados en secciones, del destino de cada magistrado a tales secciones, de la formación de los colegios deliberantes y de los criterios para la asignación de los asuntos penales y para la sustitución de los jueces imposibilitados. Y considerado que el artículo 33, párrafo 2, del Código de procedimiento penal, establece que dichas disposiciones no se consideran pertinentes a la capacidad del juez, se ha levantado cuestión de constitucionalidad, ya que se dudaba de que tal disciplina perjudicara el dictado del art. 25 de la Constitución. El Tribunal, confirmando sus directrices generales en la materia, ha rechazado la cuestión, observando que el principio constitucional de la preconstitución del juez no implica que los criterios de asignación de cada procedimiento en el ámbito del departamento competente, sean configurados necesariamente como elementos constitutivos de la capacidad general del juez (sentencia n. 419/1998, y 392/2000).

7. ALGUNAS INDICACIONES CONCLUSIVAS.

Estimamos que el lector de *civil law* no se sorprenda de la existencia de una normativa tan detallada y minuciosa nacida con el objetivo de asegurar la independencia, la autonomía y la imparcialidad de los jueces y que sabrá también apreciar la atención meticulosa, quizás excesiva, con la cual el Tribunal Constitucional ha intervenido, aclarando, precisando, integrando las normas del derecho escrito.

El resultado es un marco de “derecho viviente” que, probablemente, los juristas del *common law* podrán comprender con mucha dificultad. Esto depende de la profunda diferencia entre los dos sistemas incluso respecto a la administración de la justicia. En Inglaterra, por ejemplo, los nombramientos (y la carrera) de los magistrados son de competencia del Lord Canciller y para los cargos más altos, el Primer ministro y el Rey, sobre la base de procedimientos absolutamente discrecionales, y existen mecanismos de control disciplinario sobre los jueces que son totalmente informales. Los mismos ingleses reconocen que ello podría ser motivo para que el Gobierno o los poderes fuertes ejerzan presiones indebidas sobre el poder judicial, pero aceptan el riesgo sobre la base de un razonamiento que el jurista continental jamás podría compartir. El sistema – dicen – se basa sobre la confianza, y los magistrados, hasta ahora, han correspondido a esta confianza, conscientes de que si se comportasen en un modo criticable, terminarían por comprometer, empezando por ellos mismos, su independencia.

Por otra parte – añaden – ninguna tutela constitucional puede impedir que los miembros del Gobierno de un País ejerzan presiones o influencias sobre el poder judicial si la cultura del pueblo lo permite, y en Inglaterra la independencia de los jueces no es mero eslogan, sino un principio profundamente imprimido en la conciencia de todos.

Y en América las cosas no son muy diferentes. Hace pocos años, en éste País, se ha creado una Comisión para estudiar eventuales innovaciones de las reglas sobre la disciplina y la destitución de los jueces federales. La ocasión fue ofrecida por el hecho de que antes de 1983 ningún juez federal había sido acusado de delitos y que a partir esa fecha cinco jueces fueron acusados y cuatro condenados (evolución que los estadounidenses habían relacionado también con el rápido aumento del número de los jueces federales). Pues bien, esta Comisión, concluyendo sus trabajos en Julio de 1993, ha concluído que el sistema vigente no debe ser reformado, manifestando un estandar constitucional absolutamente adecuado a sus finalidades.

Sobre la base de estas breves referencias es inevitable concluir que la verdadera diferencia entre sistemas de *civil law* y sistemas de *common law* se halla en una diferencia cultural en cuanto al tema de la independencia y de la imparcialidad del poder judicial. En los sistemas de *civil law* la exigencia de una reglamentación minuciosa y analítica nace de una actitud cultural de desconfianza hacia el prójimo y, en el caso específico, hacia los magistrados, que se tiende a colmar a través de reglas impuestas y a procedimientos preestablecidos. En los sistemas de *common law* no se advierte esta exigencia, y se trata, en cambio, de hallar la manera de que sean nombrados jueces que merezcan la confianza en ellos depositada.

Las dos culturas ¿podrán alguna vez homologarse entre sí? La evolución de las instituciones de justicia tiende a la uniformidad ya que, hoy, somos cada vez más ciudadanos de Europa, y mañana lo seremos del mundo. Esto nos autoriza a esperar que la homologación se produzca y, de todas maneras, nos impone trabajar para que en un futuro no muy lejano se traduzca en realidad.

A cargo del Vicepresidente, Profesor Giovanni Verde.