

21. N. Boasro. "Diritti dell'uomo e società", en: V. FERRARI (Ed.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna (May 30-June 3, 1988)*, Vol. I, *Panels and Sessions*. Milán: Giuffrè, 1991, pp. 35 ss.

22. Este número de *Sociologia del Diritto* [Año xvr, 1989, N° 1] apareció también como volumen al cuidado de Renato Treves y mío, con el título *Sociologia dei diritti umani*. Milán: Angeli, 1989 (el ensayo de

Bobbio se encuentra en las páginas 15 y siguientes).

23. N. Bonno, "Diritti dell'uomo e società", ahora en *L'età dei diritti*, *Cit.*, p. 68.

24. N. 8001310, "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", *Comunita Internazionale*, Año xxnr, 1968, pp. 3-18, ahora en *L'età dei diritti*, *Cit.*, pp. 17 ss. (la cita se encuentra en las páginas 39-40).

25. Me refiero a la investigación expuesta en la segunda parte de *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*. Milán: Angeli, 1995.

Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia*

I. EL PROBLEMA

Los problemas a los que están dedicadas estas páginas giran alrededor de algunos elementos clave: si hay y eventualmente cuáles son las relaciones entre crisis de las formas de regulación e intervención del juez; en qué medida esta relación es común a otros países y en qué medida, por el contrario, se debe asociar a las características específicas de la experiencia italiana; si los efectos de la suplencia se refieren sólo a los destinatarios de la regulación o, por el contrario, recaen también, extendiéndose, con efectos múltiples, sobre las modalidades y los instrumentos de regulación, sobre los conflictos entre grupos sociales y sujetos económicos, sobre el papel mismo (además de sobre la actuación) de los jueces.

Son pocos los elementos relativamente claros, por lo menos en un comienzo: es cosa cierta que las formas de regulación características de los actuales sistemas socio-económicos y de su respectiva forma de Estado social se traducen en una creciente demanda de intervenciones por parte del juez cuando entran en crisis (y a menudo sin estarlo); por el contrario, hay que ver en qué medida las formas de interven-

ción judicial se deben poner en relación (además de los otros elementos) también con las formas de regulación que sirven o cuya crisis enfrentan; es probable que este papel (objetivamente confiado, y en cualquier caso) desempeñado por el juez haya provocado fuertes alteraciones en la estructura y en el funcionamiento de las diferentes formas de juicio, también en razón de algunas dificultades peculiares presentes en la experiencia italiana. Se trata de un dato sobre el cual se debe meditar atentamente, puesto que un sistema que a la crisis de los mecanismos de regulación sumara una crisis de igual intensidad de la justicia correría un riesgo mucho mayor de lo que hoy en día podamos imaginar.

Pero de ello nos ocuparemos en breve. Por lo pronto es suficiente afirmar el hecho, obvio, de que un completo análisis como el que hemos indicado no puede realizarse en este lugar. De manera que las consideraciones que siguen intentan estudiar la confiabilidad de determinadas hipótesis y líneas de investigación, remitiéndose por completo a la lógica que inspira la última parte de este trabajo, es decir, la lógica de las problemáticas del derecho y de la justicia actualmente en desarrollo, de las que poco sabemos, excepto que su evo-

lución está destinada a condicionar de manera significativa el futuro de nuestro ordenamiento.

El tema, en cualquier caso, es tan amplio, que es necesario precisar previamente el significado de los términos del esquema con que se afronta.

1. Regulación

El itinerario que hemos trazado no se puede emprender sin una breve aclaración sobre lo que se debe entender por mecanismos o procesos reguladores. En efecto, como se ha puesto de relieve recientemente desde el punto de vista de la ciencia de la administración la doctrina italiana, y más en general la europea, padecen de una insuficiente claridad respecto del significado que cabe asignar a conceptos, si bien ampliamente utilizados, como los de políticas reguladoras, mecanismos reguladores u otros.

En sentido amplio, hay acuerdo únicamente sobre un dato: las políticas reguladoras se contraponen a las de erogación y a las de distribución, mientras por lo que se refiere a la definición positiva se tiende a distinguir entre regulación en sentido estricto (mejor definida como reglamentación), regulación económica y regulación social.

En el debate sobre la regulación las contribuciones más relevantes son las de los estudiosos estadounidenses, quienes, por lo demás, toman en consideración sobre todo la regulación económica, mientras en Europa se tiende a identificar la regulación con todo aquello que es el ámbito de intervención del gobierno y del legislador.²

En el debate norteamericano se considera, por otra parte, que el uso del término regulación designa una forma de intervención pública caracterizada por tener por objeto actividades socialmente útiles, que

deben, por supuesto, controlarse, pero también protegerse y estimularse. Ello implica que los reguladores, para alcanzar estos objetivos, tenderán a recurrir no sólo a los poderes de autoridad y de control, sino que buscarán también la participación de los regulados, a través del uso de otros instrumentos como los de carácter premia. Se trata de una tesis según la cual por *regulation* se debe entender «un control prolongado y focalizado, ejercido por una agencia pública, sobre actividades a las que una comunidad atribuye una relevancia social»³. Los organismos reguladores, por consiguiente, disponen de una serie de poderes paralegislativos, parajudiciales, etc.

Se debe también al debate norteamericano la distinción entre *economic regulation* (*old style regulation*), en cuyo ámbito recaen las intervenciones públicas orientadas a la corrección del mal funcionamiento del mercado (control de los precios y limitación de los monopolios), y *social regulation* (*new style regulation*), que concierne al conjunto de las intervenciones de más amplio alcance que persiguen objetivos inherentes a la salud, la seguridad, la ocupación, etc.⁴.

La perspectiva acogida por los juristas para definir cuáles son los contenidos, las finalidades y la eficacia de los mecanismos reguladores, descansa en un articulado análisis y sistematización fundados de manera prevaleciente en la tipología de las normas. El resultado, por expreso reconocimiento de los autores, ofrece sin embargo resultados asaz complejos, tanto que se llega a acepciones diversificadas en razón de las finalidades de investigación adoptadas en cada caso.

Una posible sistematización es la clásica de Tarello⁵, que se basa en la distinción entre normas incentivas y normas desin-

centivantes. Las segundas son susceptibles de distinguirse, según si introducen una sanción penal o un desincentivo no penal, como por ejemplo una tasa; las primeras, por su parte, se pueden distinguir según si conceden subvenciones o subordinan la obtención de resultados y ventajas jurídicas a determinadas modalidades o formas de conducta.

Las normas incentivas se aplican por los aparatos sólo cuando los asociados recurren a ellas, mientras que las normas desincentivantes se aplican en el evento de su violación por los asociados. Se trata de una aplicación a la que pertenece en todo caso, y siempre, ese margen de incertidumbre dado por la subjetividad de la interpretación que se hace de ellas.

Por supuesto, no es posible detenerse más allá alrededor de las numerosas variables de la cuestión. Para los fines que aquí interesan, por una parte es claro que no podemos contentarnos con asumir como regulación simplemente todo aquello que no es erogación. Por otro lado, podemos incluir en ella aquello que se realiza por los poderes públicos (y, en primer lugar, el eje Parlamento-Gobierno) y que está estrechamente ligado a la reglamentación desde el punto de vista estratégico (resolución de conflictos actuales o potenciales) y específico (régimen de la oferta y de la asignación de los recursos, en un primer momento limitada a los económicos y luego extendida a los sociales), sin necesidad de articular más allá el discurso en razón de la naturaleza de los instrumentos utilizados, es decir, imperativos (como la orden y la sanción) o ría imperativos (incentivos), de las normas utilizadas, etc.

De manera que la acepción preferible en este ámbito es el papel (general y específico) de corrección de las dinámicas espontáneas de la realidad en orden a la desti-

nación de los recursos, confiado a la regulación, así como la naturaleza pública de los sujetos que la realizan mientras (por lo general) son los particulares sus destinatarios. Ello explica al mismo tiempo tanto el papel del juez, principal instrumento de resolución de los conflictos surgidos en la aplicación de la regulación o por la ausencia de esta última, como lo que queda por fuera del ámbito delimitado de esta manera.

En efecto, quedan excluidas formas de regulación que conciernen a otras funciones del derecho, o intervenciones limitadas únicamente a relaciones entre sujetos públicos (como aquéllas, en el eje centro-periferia, entre autoridades centrales y locales) que, si bien se pueden reconducir ciertamente a formas de regulación y así mismo son susceptibles de generar conflictos (tanto que a menudo se definen en concreto por pronunciamiento del juez: véase, en la experiencia italiana, el terreno de las relaciones entre Estado y regiones y el papel de la Corte Constitucional), tampoco se pueden concebir por fuera de la intervención de los poderes públicos.

2. Crisis

Mucho menos problemático, en apariencia, es determinar este término puesto que, por lo menos de manera inmediata, la definición acogida de "regulación" le atribuye a la crisis el significado de disfunción o bloqueo de los instrumentos establecidos por las intervenciones reguladoras, con la consiguiente reducción o el bloqueo de los efectos amortiguadores perseguidos de ordinario.

Sin embargo, también en este caso se hace necesaria una ulterior precisión. Si es verdad que la crisis de instrumentos en acto es, por lo menos en nuestro tiempo, el fenómeno más recurrente, se deben agregar una precisión y una integración.

La precisión es que es posible hablar de crisis de instrumentos reguladores tanto en el sentido de modalidades que, si bien son perfectamente congruas en el momento de su adopción, en el curso del tiempo han perdido paulatinamente su propia función, como en el sentido de instrumentos que no existían y cuya adopción, por el contrario, se invoca.

Desde el punto de vista sociológico, la cuestión es prácticamente irrelevante y presenta a lo sumo un interés de carácter descriptivo. Pero desde el punto de vista jurídico la cuestión es mucho más significativa, especialmente si se evalúa desde el punto de vista del juez, porque una regulación que ya no es actual vincula al juez en cuanto "legal", pero viola la justicia y su corolario de equidad en cuanto ya no corresponde a la realidad económico-social subyacente, que en entretanto se ha modificado. Es decir, la crisis se traduce en uno de los conflictos más delicados que el papel del juez esté llamado a afrontar.

En cambio, la integración se refiere al caso, de alguna manera contrario, de la tutela de las relaciones para las que no haya (o no esté lo suficientemente desarrollada) una regulación específica tampoco en sentido promocional, puesto que esta hipótesis plantea problemas por completo diferentes y en especial si y en qué medida el juez puede representar uno de los canales de representación de una demanda a la que el sistema político todavía no ha proporcionado una respuesta. Es un aspecto del que se pueden ofrecer ejemplos significativos, y bien conocidos, pero que en todo caso se traduce en una (tendencia a la) extensión del ámbito de regulación más allá de los límites anteriormente reconocidos.

De manera que, en síntesis, las condiciones de crisis pueden darse tanto por la obsolescencia de instrumentos reguladores

ya en acto como por una mayor demanda de regulación respecto de relaciones que, por su novedad o por las modalidades inéditas con que se desarrollan, presuponen su adopción.

3. "Suplencia" y "centralidad judicial"

Si por suplencia se entiende la intervención, temporalmente limitada, de una autoridad en un ámbito de ordinario correspondiente a otros órganos de los cuales en forma sustitutiva se ejercen también los poderes (en el caso en cuestión: creación de derecho), es innegable que el término no representa de manera correcta las relaciones entre el juez y la crisis de los sistemas de regulación.

Para empezar, porque, en términos de técnica jurídica, la suplencia no se refiere al ejercicio de poderes ajenos (lo que se da, en cambio, en el caso de intervenciones sustitutivas), sino una forma peculiar y según reglas preestablecidas de asunción de la titularidad de una función (a título precario en lugar de permanente) que por lo demás, y en especial por lo que hace a las propias competencias, mantiene su propio régimen ordinario. Mientras en nuestro caso, como es evidente, el fenómeno que se quiere representar se refiere precisamente al desplazamiento de funciones reguladoras de la sede institucionalmente competente (Parlamento-Gobierno) a la judicial, todo ello por fuera de las reglas del sistema.

En segundo lugar, porque en todo caso la suplencia presupone la inercia (es más, como hemos dicho, incluso la indisponibilidad propiamente dicha) del titular de las funciones, mientras la relación entre juez e instrumentos reguladores, desde siempre problemática⁸ no es sólo de sustitución a la inercia del legislador sino también (si

bien en términos más circunscritos) de conflicto: los casos de repetida intervención del legislador en la misma materia o, en las hipótesis más agudas, de explícita superposición a las interpretaciones judiciales de la única admitida por el legislador (interpretación auténtica) sirven para representar con exactitud lo que aquí se sostiene.

Por otra parte, la suplencia presupone conceptualmente ámbitos de regulación y actividad judicial separados entre sí en forma neta, de los que, a lo sumo, se podrá desplazar la línea de demarcación en sentido favorable ya al uno o al otro de los ámbitos respectivos. Pero sistemas tan netos que en ellos la *litigation* empieza donde termina la *regulation* y en donde por lo tanto la relación entre las dos es de suma cero, no existen en la naturaleza⁹, y menos aún (por las razones que veremos) se debe considerar como tal el caso italiano, en donde por el contrario en numerosos ámbitos se ha asistido al crecimiento conjunto de una y otra.

Por último y en un plano más general, porque la suplencia, incluso en el significado falto de técnica en que se utiliza, en todo caso quiere expresar un carácter provisional y transitorio que muchos, por diversas razones, objetan. La ampliación del papel del juez es una consecuencia, a un mismo tiempo necesaria y por lo general presente en ordenamientos incluso muy diferentes entre sí, de la profunda crisis de la función legislativa, apretada entre principios y prescripciones de grado superior (constituciones rígidas) a los que hay que referirse necesariamente, y los múltiples impulsos de la realidad social de los cuales se torna cada vez más difícil asegurar no sólo la síntesis o la mediación, sino la representación misma. En efecto, conviene no olvidar, siguiendo la invitación de

Friedman, que, aun antes que la ley o las sentencias, han crecido las expectativas de la gente, que en épocas anteriores tenía muy pocas expectativas de justicia en el campo de las cuestiones particulares y aún menos en el plano de la intervención pública!¹⁰

Se trata de aspectos ya hace tiempo, y precisamente por la perspectiva que aquí se analiza, puestos en claro¹¹ y que explican por qué por parte de los estudiosos se tiende a criticar y a rechazar como demasiado aproximativa la categoría misma de "suplencia" judicial, considerando preferible, si se tienen en cuenta las causas del fenómeno así identificado y el contexto en el que se verifica, hablar de "centralidad" de la función judicial¹²

De manera que, en estos términos, el fenómeno de la suplencia-centralidad del poder judicial interesa, desde hace ya cierto tiempo, al conjunto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos¹³

4. Formas

¿Pero qué formas adopta esta suplencia-centralidad? En breve se verán algunos ejemplos específicos para la experiencia italiana, con referencia a las diferentes formas de jurisdicción. En términos generales, en todo caso, el fenómeno está constituido por el desempeño, por parte de los jueces, de una actividad creadora de derecho.

Por supuesto, es este un papel objeto de críticas, en especial al interior de aquellos ordenamientos en los que, como subraya Tarello, el principio de la separación de los poderes se entiende como predominancia del poder legislativo, de donde deriva la configuración del poder judicial como poder neutro, garante del ordenamiento y ejecutor de las leyes. Es decir, una concepción que, en estos términos, se percibe ya como del todo inadecuada¹⁴

Recientemente se ha observado" que el debate sobre la centralidad del poder judicial depende también del modelo de actividad judicial que se considera acogido dentro de los diferentes ordenamientos, es decir, según que la figura de juez escogida en concreto pertenezca (aunque sea de manera prevaleciente) a una u otra de las tres categorías principales sobre la base de las cuales se ordena:

- Juez como simple ejecutor de la ley, boca de la ley;

- Juez como descubridor, comprometido en la búsqueda de la disposición que se deba aplicar;

- Juez como legislador, dispuesto a crear *ad hoc* la disposición que falta.

Por lo demás, ya en el pasado Cappelletti¹⁶ rechazaba que el problema se pudiera plantear en estos términos, poniendo en evidencia que toda interpretación judicial del derecho legislativo comporta un cierto grado de creatividad. Decir que la actividad de los jueces se ha convertido en actividad creadora del derecho corre el riesgo, así, de convertirse en una banalidad: el punto, si acaso, consiste en establecer hasta dónde esta creatividad es tolerable.

Una segunda posición, en contradicción con la anterior, se debe a quien observa que esta suplencia-centralidad de la actividad judicial cabe identificarla no sólo en la actividad creadora del derecho, desempeñada por el juez, sino en un fenómeno mucho más amplio, que es posible definir como la "creciente jurisdiccionalización" de la vida colectiva y de las relaciones que se instauran en ella: en donde por jurisdiccionalización se entiende, como hace poco ha subrayado acertadamente Bruno Liberati¹⁷, por un lado la expansión del ámbito de intervención de las cortes y por otro la difusión de los métodos de decisión judicial más allá del ámbito propiamente judicial.

No es difícil, en efecto, reconducir algunos de los procesos de reforma más significativos y recientes, desarrollados en Italia en el vértice de las instituciones (autoridades independientes) o en el interior de la administración (ley 241/1990 sobre el procedimiento administrativo y el derecho de acceso), a matrices y reglas elaboradas en el interior de la función jurisdiccional y, desde ésta, transferidas a otros ámbitos.

5. Razones

Según los diferentes análisis que se hacen a propósito del "cómo" se manifiesta esta suplencia-centralidad, cambian también las que se consideran sus razones. Razones que deben diferenciarse en generales, es decir válidas en todos los países del sistema occidental, y específicas, es decir propias de la experiencia italiana. En la no distinción entre unas y otras está no sólo la raíz de algunos equívocos recurrentes sino también, el motivo por el cual, en mi opinión, el papel del juez no se pone en términos de centralidad y suplencia, por lo menos en nuestro caso. Veamos por qué:

1. En general

La mayor parte de las razones generales giran alrededor de la crisis de la función legislativa que arrastra consigo también al juez, llamado de manera abstracta a limitarse a aplicar la ley al caso concreto.

a) El primer motivo consiste en la tensión insuperable entre el concepto de legalidad y el de Estado social, es decir, como ha subrayado últimamente Ferrajoli¹⁸, en un problema común a todos los ordenamientos avanzados: «la anomia creciente de la esfera pública, es decir, el déficit estructural de legalidad del Estado social contem-

poráneo, generados por la formidable expansión de las funciones estatales en la vida social y económica y por la reducción de la capacidad reguladora del derecho», han modificado profundamente el orden originario, hasta llegar, por ejemplo, a asignar a la jurisdicción penal una función irrenunciable de garantía respecto de las numerosas actividades públicas extrañas al paradigma del viejo Estado liberal. Todo ello ha conducido a que la judicatura haya terminado por asumir una función que no es supletoria, ni coyuntural, sino complementaria de aquélla asignada a los mecanismos de responsabilidad política¹⁹.

Se trata, como se observa en seguida, de la confirmación (excepto por lo que se refiere a la especificación que concierne al juez penal) de la percepción tradicional de la crisis de la legalidad en el Estado social puesta en evidencia desde hace tiempo por la mejor doctrina".

Ya antes Cappelletti había propuesto un análisis de las causas de esta centralidad ligado a las características del Estado social. En definitiva, con el aumento de las tareas asignadas a los poderes públicos, llamados a afrontar aquéllos que se definen como los problemas de las *externalities*, es decir llamados a «encontrar la manera de controlar los efectos colaterales y no deseados» de las decisiones, ya no demandables sólo a la ley del mercado, se amplían también, necesariamente, las intervenciones reguladoras estatales. Estas, que en un comienzo consisten en preceptos legislativos, posteriormente se tornan objeto de la acción administrativa. En efecto, observa el autor que es «un dato de hecho que la legislación del *welfare* lleva al Estado a no poder ya limitarse a simples funciones de protección y represión, exigiéndole que haga propia la técnica de control social que los politólogos denominan

promocional. Ante este tipo de legislación, los jueces podrían incluso negarle el carácter "preceptivo", pero luego tendrán, inevitablemente, que contribuir a hacer efectivos los programas, con la consiguiente acentuación de su papel".

En esencia, «a causa del aumento de las tareas de intervención legislativa se ha verificado un fenómeno de recarga (*overload*) de la función legislativa» (Cappelletti), que ya no está en condiciones de responder a la creciente demanda de legislación. De aquí la necesidad, para evitar la parálisis, «de transferir a otros gran parte de su actividad». Estos otros a quienes se ha transferido la actividad son, principalmente, el ejecutivo y sus órganos y extensiones (entes y agencias). Posteriormente, a causa del gigantismo del legislativo y de la función administrativa, se modifica también la función judicial, respecto de la cual se plantea la necesidad de un crecimiento correspondiente.

Estos datos ni eliminan ni superan las principales debilidades de la función judicial, cuando ésta viene a desempeñar actividades análogas a las del legislativo, es decir el hecho, absolutamente crucial, de la imposibilidad para el ciudadano común de ser informado de manera adecuada del derecho judicial y la circunstancia de que los pronunciamientos judiciales, por lo general, tengan una eficacia retroactiva. Por el contrario, parece menos decisiva la limitación que se debe a la carencia de legitimación democrática, en especial si se considera la naturaleza del proceso, en donde los jueces intervienen no para dirimir controversias abstractas sino conflictos concretos de los miembros de la colectividad".

A mitad de camino entre las razones y las "precondiciones", también políticas, que favorecen estas dinámicas, se pueden men-

cionar: un ordenamiento democrático, la separación de los poderes, las políticas de los derechos, la utilización de la acción judicial por parte de grupos que no se sienten representados por la mayoría en la tutela de sus derechos e intereses, el recurso a la justicia por parte de la oposición política, la delegación explícita, por parte de la mayoría, en especial en los sectores que comportan costos políticos y electorales (aborto, instrucción, etc.). Ello parece confirmado por el hecho que el activismo judicial está presente sobre todo en el sector de la protección de los derechos sociales y de los intereses difusos.

Por su parte, las políticas de *deregulation* también plantean nuevas necesidades de intervención judicial: en efecto, ellas implican que se tenga menos derecho de origen estatal y que en todo caso sean los jueces quienes resuelvan las controversias respectivas.

b) El segundo motivo, a su vez general, y en parte también ligado a la forma de Estado social dominante en el siglo xx, está constituido por la presencia de normas y principios de rango superior a la ley, y por tanto por la transición del carácter estatal del derecho propio de la concepción clásica del Estado de derecho²³ a las constituciones rígidas.

En efecto, es el «hecho nuevo de la Constitución Jo que pone en crisis, en Italia como en otros lugares, el positivismo jurídico»²⁴, y ello no sólo por el hecho de que desde ese momento la posibilidad que se ofrece a cada juez de poner en discusión la validez de las leyes remitiéndolas al juicio de legalidad de la Corte Constitucional transforma toda ley, para decirlo con Bobbio, «ya no en un dato por constatar, sino en un problema por resolver»; sino, más allá, por la razón que los instrumentos técnicos tradicionales, idóneos para un sistema de

normas precisas y determinadas y creados en función de éste, no se adaptan en cambio al sistema de las normas constitucionales, a menudo genéricas y que enuncian principios, más que disposiciones específicas, con reflejos inevitables tanto en el sistema (y la concepción) de las fuentes como en la posición del intérprete respecto de ellas²⁶.

En el mismo sentido se mueve, pero profundizando notablemente en estos temas, la reflexión más reciente de Zagrebelsky²⁷, que pone en claro las razones profundas de la que define como la «excepcional importancia de la función jurisdiccional» en el Estado constitucional del siglo xx. A partir del supuesto de que el derecho no tiene la fuerza de separarse del ambiente cultural en que se encuentra, llega en efecto a la conclusión de que las mismas soluciones judiciales dependen de la asunción de criterios de valor que anteceden la interpretación de los textos legislativos, y por tanto del subjetivismo inevitable del intérprete.

Es verdad que en el Estado liberal de derecho, a causa de la homogeneidad del contexto político y cultural, el derecho podía permitirse ser esencialmente un derecho de reglas, en cuanto el problema de los valores fundadores se encontraba resuelto desde un comienzo. Por el contrario, el carácter pluralista de la sociedad actual implica la mengua de los principios compartidos y hace que también la estabilidad, parte integrante de la certeza del derecho, ya no sea (del todo) un elemento portante del sistema jurídico ni (el único) objetivo por perseguir.

En estas condiciones, siempre según Zagrebelsky, la estabilidad-certeza del derecho plantea al legislador una tarea imposible de afrontar, sin considerar que muchas nuevas necesidades planteadas al

derecho por el progreso tecnológico (por ejemplo, por la tecnología genética) podrían tener mejor respuesta en un procedimiento judicial en donde se confrontan los principios, que en asambleas políticas en donde la relevancia de éstos a menudo está sometida a razones ideológicas y de partido.

Esta nueva forma de presentarse el derecho, mientras conduce a la valorización de categorías como la razonabilidad y la equidad en su interpretación-aplicación, exige repensar el actual sistema organizativo y funcional del poder judicial.

También Redora²⁸, recientemente, subraya como razón de la centralidad judicial la complejidad de los sistemas jurídicos y, por tanto, la incapacidad de la ley para hacerse intérprete de los intereses y de la demanda de justicia que emergen en el Estado social; para este autor, es precisamente la extrema complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos lo que pone en discusión el carácter no creativo de la actividad judicial (abriendo, entre otras, el tema de quién gobierna el cuerpo judicial).

Por supuesto poder y función judicial no son ni deben entenderse por ello mismo como los amos del derecho, al igual que en el Estado de derecho se consideraba que el amo era el legislador, sino simplemente como aquéllos que, junto con el legislativo, tienen que "hacerse cargo" del derecho.

e) Por último, otro conjunto de razones de la crisis concierne, más específicamente, a la ley, al proceso legislativo y al grado de complejidad e incertidumbre que lo caracterizan hoy en día.

Para Tarello²⁹, por ejemplo, es precisamente la incertidumbre de la ley lo que explica la función creadora de derecho desempeñada por el juez, porque en los sistemas contemporáneos los factores de incertidumbre de la ley ya no se pueden

limitar ni a las fórmulas clásicas de remisión abierta y elástica (equidad, buenas costumbres) ni a la multiplicación de las áreas de discrecionalidad del juez, sino que se deben reconducir principalmente a la difusión de tres categorías de leyes:

- Leyes de mera fórmula (que realizan acuerdos de mayoría sólo si la fórmula es ambigua);
- Leyes que adoptan acuerdos de sujetos extraparlamentarios (acuerdos que requieren una ejecución administrativa posterior);
- Leyes contradictorias por la estratificación de enmiendas de signo contrario.

Naturalmente, a todo ello se agrega el hecho de que casi todas las leyes son susceptibles de relacionarse con una lectura del texto constitucional: entonces, como acabamos de ver, es inevitable que sobre ellas se realice ampliamente la intervención de la magistratura.

Por supuesto, la transferencia de cuotas de decisión debida a las recordadas dificultades del legislador no tiene como beneficiario sólo al juez, sino que da inicio a dinámicas que comprenden otros poderes, entre los cuales está, como ha notado Cappelletti, el de los aparatos administrativos.

2. En la experiencia italiana

De manera que, como hemos visto, la gran mayoría de las voces citadas hasta ahora concuerdan en considerar que las causas de la crisis de la regulación son de tal extensión (por ser comunes a la mayor parte de los países occidentales) y de tal profundidad, que implican no sólo un diferente papel sino también, probablemente, una diferente ubicación institucional del poder judicial.

Aún no sabemos cuáles serán los resultados definitivos de estas dinámicas, pero una cosa es cierta: el poder neutro de la

división tradicional de los poderes está destinado en todo caso a ser tal en una medida mucho menor que la que se hubiera podido prever. De ahí que sea obvia la crítica adelantada al concepto de suplencia que presupone (confinando las novedades en lo transitorio y lo patológico) un esquema de base aún hoy sustancialmente inalterado.

Pues bien, si todo ello está justificado en vía general y por todos los sistemas, también es cierto que la experiencia italiana muestra características peculiares que conducen a corregir, o por lo menos a precisar, el alcance de esta afirmación. Características que llevan a afirmar, como veremos en breve, que a las tendencias comunes de otros países se suman elementos para los cuales la utilización del esquema de la suplencia está, por lo menos en una cierta medida, justificada. Mencionemos los más significativos.

El primer dato lo constituye la fase excepcionalmente larga de actuación de la Constitución, y por tanto la tensión generada entre los nuevos principios constitucionales y un ordenamiento positivo en gran parte inalterado. Pese a que la etapa más aguda de contraste se encuentra a nuestras espaldas, y no obstante que el recurso a la Constitución por parte de los jueces (en sentido interpretativo, así como de activación del control de legalidad de la Corte Constitucional) haya comenzado, significativamente, sólo a partir de mediados de los años sesenta, no se puede olvidar que por cerca de dos décadas (y respecto de materias especialmente delicadas y relevantes) el juez se ha visto obligado a operar en medio del contraste (a veces intenso) entre normativa ordinaria y normativa constitucional".

No es casual si precisamente en este frente, y justo en razón de la falta de adecua-

ción por parte del legislador, hace más de un cuarto de siglo se recurrió al concepto de "suplencia" judicial, reivindicada por (una parte de) los mismos protagonistas, sostenida por (una parte de) la doctrina, auspiciada (en algunos casos) por las mismas autoridades gubernativas:".

El segundo elemento característico de la situación italiana atañe en forma más directa al orden del sistema institucional y administrativo, en donde la falta de adecuación al nuevo ordenamiento constitucional" y al contexto socio-económico, transformado entretanto radicalmente, generó una aguda tensión entre el régimen "legal" de los entes y de los aparatos administrativos y el régimen "real" al que se conformaba el funcionamiento efectivo y cotidiano.

Entre muchos ejemplos, dos por lo menos resultan especialmente significativos: el de las relaciones entre instituciones (y, en su interior, entre niveles políticos y niveles burocráticos) y el del sistema administrativo del sur del país.

En el primer caso, la fragmentación extrema de entes y aparatos no corregida, en el plano del derecho positivo, ni por intervenciones de reordenamiento ni por funciones institucionales con efectivas tareas de coordinación y de síntesis fue, al mismo tiempo, causa y efecto de una obra de penetración capilar del sistema político (a diferentes niveles) y de sus extensiones que de esta manera recondujeron a unidad, por caminos del todo extraños al orden legal vigente, la actuación de las diferentes funciones, hasta la crisis de finales de los años ochenta. De aquí nace el entrelazamiento, también extralegal y a veces abiertamente ilegal, entre administración y sistema político; es por ello que hoy, caído el viejo acuerdo del sistema paralelo de los partidos, se manifiesta en forma aún más dramática la ne-

cesidad de la reforma administrativa, Para (tratar de) restituir a la que se define hoy como "administración desmoronada"³³ aquellas características de sistema que, así sea en forma anómala, antes se encontraban presentes; es ante esto que los jueces (en especial el juez penal, pero también el administrativo) por largo tiempo se han encontrado ante la escogencia paralizadora entre la intervención, para la reafirmación de un orden legal tan violado como obsoleto, y la toma de conciencia (pero cómo, y con qué legitimación) de los nuevos términos en que se había planteado la experiencia.

Estas son las razones, por lo demás descuidadas, que explican (entre otras) la no sorprendente simultaneidad del comienzo de las investigaciones de "manos limpias" y la crisis manifiesta en el funcionamiento ordinario de los aparatos.

Otro ejemplo igualmente significativo lo constituye, en el campo diferente de la organización, la falta de adecuación a las diferentes realidades locales, y en especial a la vistosa diferencia entre centro-norte y sur del país, de la red de funciones descentralizadas y de la totalidad del sistema de gobierno local.

Como se ha puesto de relieve en otras oportunidades³⁴, la organización administrativa en el centro-norte ha ido evolucionando desde el originario módulo binario (presencia paralela de entes locales y administración estatal periférica en el mismo territorio) a formas de dualismo a lo largo del eje centro-periferia, de manera que en estas zonas la administración del Estado tiende a terminar allí donde empieza el conjunto región-entes locales. En el sur, por el contrario, el aspecto administrativo aparece mucho más articulado por la presencia, al lado del gobierno local, del sistema de los entes y de los aparatos de la ex Caja para el Mediodía, así como de la ad-

ministración periférica del Estado que, entre otras, en este contexto, parece mantener un papel para nada indiferente.

De manera que, y es esto lo que más interesa en este lugar, entre los efectos inducidos por los procesos de transformación de la sociedad italiana de la postguerra y el mantenimiento (casi integral) del régimen jurídico dictado en la segunda mitad del siglo XIX se ha abierto, en efecto, una vasta tierra de nadie en donde la falta de correspondencia entre realidad y disciplina jurídica ha favorecido la emergencia de un arco ilimitado de situaciones a veces ilegítimas, a menudo extralegales y siempre de incierta calificación y solución. No es difícil imaginar las consecuencias de todo ello en la actuación de los jueces.

El tercer elemento sobre el cual es oportuno detenerse está constituido por la acepción especial que ha adquirido en Italia lo que se suele definir como "Estado administrativo". Como es sabido, con este término se define universalmente una de las consecuencias más vistosas del intervencionismo anejo a la afirmación del Estado social, es decir el crecimiento más que exponencial (en sentido absoluto y en relación con la "talla" de los mismos en el siglo pasado) de los aparatos administrativos.

Naturalmente, Italia no es una excepción respecto de este desarrollo, como han mostrado desde hace tiempo las investigaciones en la materia³⁵. Pero éste no es el aspecto peculiar que se quería poner en claro, no sólo porque, precisamente, es común a todos los ordenamientos, sino porque (no el Estado social sino) este aspecto específico es relevante desde muchos puntos de vista, pero no por sí mismo, en lo que se refiere al papel del juez, sino en términos generales³⁶.

El hecho es que la ya varias veces recordada debilidad de los aparatos admi-

nistrativos ha generado un efecto muy particular, que podríamos definir como de la "administración por leyes". La falta de una reforma general de los ordenamientos administrativos (especialmente estatales), tanto desde el punto de vista de la organización como del funcionamiento, ha hecho del legislador la víctima principal de su propia omisión, obligándolo a dotar por vía legislativa de la necesaria implementación ordinamental, obviamente con normas específicas (extraordinarias, sectoriales, especiales o suspensivas), toda nueva intervención y por tanto a afrontar y a (tratar de) resolver en cada caso el ovillo de problemas que han quedado en el tapete.

Así las cosas, hasta el viraje a favor de la deslegislación que se presenta a partir de los años noventa (y con la debida reserva de verificar si la vía reglamentaria no plantea la cuestión en términos análogos, y, es más, agrega nuevos problemas), a la demanda de "más" administración se ha contestado, ante la declarada crisis de los aparatos administrativos, con un anómalo "más" legislación de carácter inevitablemente fragmentario y contradictorio y fuente de graves turbulencias sobre los procedimientos, especialmente penales, en curso".

No es este el lugar para interrogarse sobre las razones (nada misteriosas, como se ha visto) de la anomalía italiana por lo que hace al número de leyes vigentes, ni sobre el costo que esta suplencia (¡una vez más!) ha descargado sobre el Parlamento, y ni siquiera sobre los posteriores efectos degenerativos arrojados por intervenciones extraordinarias sobre una administración que o es ordinaria o no es administración.

Aquí interesa, por el contrario, subrayar cómo administrar por leyes ha puesto en crisis por así decirlo, también el otro segmento de las instituciones, es decir, el jurisdiccional, minando también por esta

vía uno de sus presupuestos irrenunciables: la certeza del derecho y la consiguiente previsibilidad de su actuación.

De manera que, para concluir, podemos afirmar que las características específicas de la experiencia italiana muestran que en realidad las contradicciones descargadas sobre el juez lo han obligado a una función de suplencia, no sólo respecto del legislador, y del "prever", sino también respecto de la administración, y del respectivo "proveer".

Naturalmente, siguen siendo válidas todas las razones generales que se han traído a favor de la centralidad del poder judicial: pero sería impropio no considerar que, junto a la centralidad, la experiencia italiana le ha impuesto al juez una suplencia propiamente dicha que no sólo no coincide con la primera, sino que por el contrario (más allá de las apariencias y del caso individual), desplazando al juez a terrenos para los cuales carece de legitimación y falto de los instrumentos necesarios de conocimiento y decisión, corre el riesgo de dar comienzo a procesos degenerativos que con el correr del tiempo pueden llevar, cuanto menos en términos sistémicos, en la dirección opuesta, es decir, a su marginación".

Si lo que se ha dicho hasta ahora tiene algún fundamento, de ello deriva no sólo que es correcta, por lo menos en nuestra experiencia, la utilización del binomio centralidad-suplencia sino que, más allá, no será posible intervenir con éxito en esta materia sin proponer, al mismo tiempo, soluciones para cada una de las dos dinámicas indicadas.

JI. FORMAS DE REGULACIÓN Y FORMAS DE INTERVENCIÓN

La correlación, hasta aquí reconstruida en términos generales, entre centralidad-su-

plencia judicial y entidad y crisis de la regulación, además de ofrecer elementos en relación con la concepción más general del juez y de la justicia, ofrece algunas indicaciones también en un terreno más específico: el de la relación entre formas de regulación (existente o invocada) y formas de intervención judicial.

Con Damaska hemos aprendido la correlación entre Estados de *laissez faire* y modelos procesales (así llamados bilaterales) destinados a la solución de los conflictos, y entre Estados intervencionistas y los procesos (así llamados unilaterales) inspirados prevalentemente en la actuación de los ordenamientos políticos".

Si bien en un campo mucho más circunscrito, pero siguiendo las mismas premisas de método, muchas razones conducen a considerar que los instrumentos utilizados, y en definitiva la función del juez⁴¹, tienden a variar en razón de los ámbitos principales en los que incide la intervención de los poderes públicos y a los cuales, entonces, se aplica la integración-sustitución judicial, es decir la regulación entre particulares y la de las relaciones entre particulares y administración pública.

Además, se puede entrever una articulación más cuando las intervenciones desempeñan una función desincentivante o promocional y en particular, en este último caso, cuando adoptan el carácter de intervenciones financieras de soporte.

Obviamente, verificar así fuera sólo de manera aproximada estos supuestos requeriría de una investigación de dimensiones absolutamente impensables en este lugar. Nos limitaremos entonces a precisar los términos de estas relaciones para establecer, por lo menos de manera preliminar, su confiabilidad.

1. En las relaciones entre particulares

Como se sabe, el derecho civil moderno se ha ido formando en gran parte gracias a la creatividad jurisprudencial que, por último, se ha manifestado en particular considerando directamente aplicables las directivas comunitarias, en la elaboración de principios generales del derecho, la aplicación de las cláusulas generales, el reconocimiento de una especial importancia a la equidad, la legitimación de las reglas emergentes de la praxis. Y todo ello «con el fin de suplir aquéllas que el propio intérprete considera como lagunas del ordenamiento, de adecuar los textos a las nuevas exigencias, de anticipar y preparar la intervención del legislador, de asignar a una disposición un significado más restrictivo o más amplio del que consiente la letra de la ley, de anular disposiciones desuetas o de estorbo»⁴².

Basta pensar en el papel que estos instrumentos, y estos objetivos, han jugado en materias como la responsabilidad civil, el derecho laboral, el régimen de los derechos fundamentales de la persona, acogiendo exigencias de las cuales el legislador no podía o no quería hacerse cargo.

Ejemplos significativos de intervención del juez se han tenido también en sectores en donde se había presentado una intervención del legislador (despidos individuales o prórroga en la ejecución de los lanzamientos), pero que en la fase de aplicación han presentado una acción fuertemente orientada a la tutela del contratante débil, cuya extensión e incidencia en las últimas décadas han tenido una importancia sumamente notable.

Por supuesto se ha recurrido a una serie de cautelas técnicas jurídicas para reducir el riesgo de caer en el arbitrio, como la consistencia lógica del proceso interpre-

tativo, lo adecuado de la motivación, la autoridad del juez y de los precedentes. Sin embargo, en realidad el límite más significativo ha sido el del *self-restraint* del intérprete.

Pero los problemas que de esta manera se crean, como Taruffo ha puesto en evidencia" son mucho mayores que los que se resuelven.

Por una parte, en efecto, son los propios mecanismos del proceso civil los que aparecen no idóneos para satisfacer las necesidades de justicia que nacen de la transformación del orden de las relaciones económicas y sociales⁴⁴. Es decir que surge el problema de hacer justiciables las "nuevas situaciones de ventaja", de asegurar la tutela jurisdiccional de derechos como el de la salud, la integridad del ambiente y los derechos colectivos o difusos. Es en relación con ellos que se manifiesta lo inadecuado de un proceso construido sobre la medida de los tradicionales derechos subjetivos individuales, y así fundado en categorías que están en función, sólo, de estos últimos, como la legitimación para actuar, los límites subjetivos de lo juzgado, etc.⁴⁵.

Con la transformación de las características y de la extensión de la demanda de justicia decae, en sustancia, el modelo clásico del conflicto como controversia bilateral entre individuos particulares. Así el problema de la justicia civil se convierte en un problema social, porque es muy marcada la tendencia a ver en el proceso civil un instrumento de mediación o resolución de conflictos sociales⁴⁶.

Por otra parte, también en el país en donde más que en cualquier otro lugar la jurisdicción civil se ha "equipado" por así decirlo, para el nuevo papel⁴⁷, optando bajo la guía de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos por una jurisprudencia "ac-

tivista" y haciendo del proceso el instrumento no sólo para la tutela de las situaciones jurídicas tradicionales sino también para hacer valer nuevos derechos, los problemas, tanto actuales como de prospectiva, no faltan.

Entre los primeros, los costos elevados del proceso civil y el prolongarse de los tiempos de la instructoría, precisamente a causa de su carácter abierto así como por la acentuación del conflicto entre las partes, mayor en la medida en que se eleva el valor de lo que se encuentra en juego. De manera que en un cierto sentido, el proceso corre el riesgo de ser víctima de las reformas que lo han concernido y de su capacidad de ser instrumento de justicia social y política. Pero precisamente esto esconde en perspectiva, como subrayan Hazard y Taruffo, una insidia inquietante: la de un sistema procesal preparado para los conflictos que comprometen los principios fundamentales o los grandes intereses organizativos, es decir, los casos en donde las partes disponen de las razones y de los medios para utilizar hasta el fondo toda la instrumentación puesta a su disposición, pero inaccesible o poco funcional para la tutela de las situaciones jurídicas tradicionales o particulares⁴⁸.

Pero los problemas que se plantean en perspectiva allí donde desde hace tiempo se ha acogido la función del juez civil, no pueden ciertamente remover los generados por un sistema que, como el nuestro, ha tenido que enfrentar los nuevos problemas disponiendo sólo (excepto en el caso del derecho laboral) de los viejos instrumentos. Con el resultado de encontrarse, la mayor parte de las veces, ante la drástica alternativa entre ser sordo a las exigencias de justicia que se le planteaban, y que como hemos visto *es inevitable* que en forma creciente se planteen en estos ámbitos, y pro-

porcionar una respuesta forzando disposiciones o institutos vigentes. Y aun con la consecuencia, más grave en este último caso, de pronunciarse sin provocar, precisamente por la carencia de instrumentos adecuados introducidos para tal fin, una efectiva contradicción entre los diferentes intereses en juego.

Es posible, en otras palabras, que el principio de la tutela de los intereses más débiles (trabajador, mujeres, consumidor, usuario de centros de salud, etc.) se haya enfatizado en forma excesiva respecto de otros intereses igualmente débiles (como el joven desempleado, el enfermo en espera de hospitalización, etc.) en todo caso dignos de una adecuada apreciación, en especial en los sectores en donde era más agudo el conflicto. Pero hay que preguntarse en qué medida esta asimetría se puede conectar a posiciones ideológicas (que no han faltado) y cuánto en cambio, con mucho mayor frecuencia, al mantenimiento culpable de una instrumentación procesal manifiestamente inadecuada.

2. En las relaciones entre los particulares y la administración pública

En este terreno, la acción del juez (ordinario y administrativo) de regulación y mediación de los conflictos ha tenido que enfrentar cuestiones hechas (si es posible) aún más delicadas por el ya mencionado estado de deterioro del sistema administrativo.

Dos son las directrices de intervención: la extensión de la tutela a las realidades que carecían del todo de ella (intereses difusos) o parcialmente carentes (intereses legítimos), y el tomar a cargo posiciones ligadas a un *facere* de la administración pública (intereses de pretensión), especial-

mente en el aspecto de la administración de erogación (escuela, salud, servicios públicos, etc.)⁴⁹.

Respecto del primer punto, son bien conocidos los sucesos de los años 60-80 que, especialmente en materia ambiental y de tutela del territorio, llevaron a los jueces a reconocer, si bien con determinadas condiciones, la legitimación procesal de intereses "adexpuestos" ("*adspoti*"), vale decir, carentes de una referencia institucional y organizativa estable y diferenciada a la que el ordenamiento positivo le reconociera estatus jurídico".

Menos conocido es el hecho de que, tras la ley 349/1986⁵¹ se han enfrentado dos diferentes regulaciones respecto del régimen por acordar a los intereses difusos: la legislativa, con base en la cual la legitimación a título de intervención en los juicios por daño ambiental y a título principal por la anulación de actos ilegítimos (artículo 18.5) se reconoce a las asociaciones ambientalistas formalmente individualizadas sobre la base de determinados criterios por el ministro del Ambiente (artículo 13); y la jurisprudencial, en razón de los criterios (localidad, estabilidad, organización) ya elaborados en los pronunciamientos precedentes.

Más allá de la sucesiva decantación de la materia, y del prevalecer de la opinión tendiente a reconocer al segundo criterio un papel extensivo-integrador respecto del primero, asistimos entonces en este caso a una hipótesis no sólo de anticipación reguladora respecto de la intervención posterior del legislador, sino a la reivindicación de un ámbito de regulación en todo caso reservado a la valoración del juez.

En cuanto a la segunda directriz, la intervención jurisdiccional se ha concentrado en las hipótesis de no admisión al servicio o de erogación insatisfactoria de este

último, no limitándose a actuar en los casos de omisión de acto o de acto negativo, sino yendo más allá, hasta dictar criterios en relación con los requisitos necesarios para la legitimidad de los diferentes actos (motivación, publicidad, etc.) o a enjuiciar las más delicadas (y preliminares) valoraciones discrecionales del ente público, incluidas las de carácter puramente organizativo.

También en este caso, como es fácil imaginar, la intervención del juez a menudo se ha tornado necesaria por disfunciones (en algunos casos clamorosas: una cuota que oscila entre el 60 y el 80 % del contencioso en materia de invalidez, por ejemplo, se debe al hecho de que la administración pública ha omitido actuar al respecto) imputables a los aparatos públicos.

Otras veces, en cambio, la acción del juez ha abierto el camino no sólo a las relaciones con el usuario en el campo de los servicios⁵², sino también a aquéllas entre ciudadanos y administración de regulación, en donde el legislador ha intervenido con una disciplina general (ley 241/1990), con la cual se ha introducido una reglamentación específica de estos aspectos y, más en general, se ha dispuesto un modelo de procedimiento administrativo en deuda por muchos aspectos con institutos y soluciones obtenidos del terreno procesal. Esto subraya la capacidad de difusión extrajudicial de los instrumentos de este último confirmando, también por este camino, su ya enunciada centralidad.

Naturalmente, esta acción no ha carecido de costos: al lado de muchos de los inconvenientes ya registrados en relación con el juicio civil, las contraindicaciones más significativas se han presentado en los casos (no excepcionales) en los que el juez ha cedido a la tentación de entrar en el mérito de las escogencias discrecionales,

sustituyendo a la autoridad administrativa en la ponderación y valoración de los diferentes intereses en juego sin poder disponer, entre otros, de los conocimientos necesarios.

Además, el juicio sobre la omisión de actos (silencio) o sobre actos negativos ha implicado en concreto aventurarse en el terreno de la administración activa, y por tanto proveer por vía judicial al caso específico, abriendo de esta manera el camino, no a un gobierno, sino a una administración de los jueces.

Se trata de ordenamientos comprensibles, como ya se ha dicho, considerando la atención que ha madurado sobre estos temas la sociedad (basta pensar en los ejemplos, últimamente incluso clamorosos, relativos a la tutela ante la negación de tratamientos terapéuticos o de servicios de salud o asistencia, o a la posibilidad de controlar las valoraciones de la autoridad escolar), pero objetivamente expuestos a críticas tanto técnico-jurídicas en sentido estricto como de naturaleza institucional y política.

Los retomaremos en breve, pero es significativo que precisamente respecto de pronunciamientos de este tipo el "activismo" de la jurisprudencia norteamericana se haya detenido para proceder con especial cautela⁵³.

Por lo que se refiere a nuestra experiencia, se trata de dinámicas hace tiempo señaladas y que en cualquier caso se insertan en una profunda transformación de las relaciones entre ciudadanos y administración pública por la cual también el momento jurisdiccional, y en especial el proceso administrativo, están naturalmente marcados.

En efecto, el problema no está tanto en la centralidad del papel del juez, carácter absolutamente tradicional y primario de

nuestra experiencia en la materia, si se piensa en el papel que el Consejo de Estado ha tenido en la formación del derecho administrativo. Una importancia debida, además de todo, a las mismas características originarias del juicio administrativo, porque el Consejo de Estado estaba llamado a juzgar sobre las relaciones entre particulares y administración pública, cuya disciplina carecía de base legislativa. Reside, más bien, en el hecho de que esta incidencia ha aumentado de manera significativa con la transformación del contenido y de los efectos de los pronunciamientos del juez, que han pasado del poder negativo (de anulación) al positivo de condena de la administración pública⁵⁴.

Otras innovaciones del proceso se deben, por el contrario, a transformaciones del sistema que están afectando a toda la administración pública; basta pensar en la expansión de la así llamada administración consensual. Por ejemplo, se ha puesto en evidencia el distanciamiento progresivo de la jurisdicción administrativa de la administración, con la consiguiente transformación del contenido del control ejercido y el aumento progresivo de la importancia de los derechos individuales implicados. La razón, precisamente, se debe a la atenuación de las características de autoritariedad y, por tanto, de unilateralidad de los actos emanados por la administración pública (cuando no se sustituyen incluso por acuerdos), de lo que es índice elocuente el nuevo y mayor relieve reconocido a los sujetos en el ámbito de los procedimientos, que a su vez se debe poner en relación con la atenuación de la prominencia (o por lo menos de la tipicidad) de los intereses públicos en vista de los cuales se emanan.

De manera que los actos administrativos aparecen cada vez más como un entrelazamiento inextricable de intereses

públicos y privados, cuando no como abiertas mediaciones entre unos y otros, a tal punto que la legitimidad del acto consiste no sólo en la correspondencia con los intereses públicos primarios, sino también (y en todo caso en medida creciente) en lo correcto de la mediación realizada, de la que el acto es la expresión".

Ahora está claro que los intereses sustanciales implicados por el acto, en el momento mismo en que se convierten en elementos constitutivos de su legitimidad, se tornan también términos del contenido mismo del juicio: sin embargo, esto aleja aún más el proceso administrativo del carácter que había definido su nacimiento (garantía de la legalidad de la acción administrativa) y también de la naturaleza mixta en que desde hacía tiempo se había estabilizado⁵⁶ llevándolo a acercarse, como proceso de partes, al módulo civilista.

3. Tutela penal

Llegamos así al ámbito del juicio penal, en donde son macroscópicas y evidentes las alteraciones ofrecidas por la experiencia, en especial en los últimos años, pero que, pese a los innumerables análisis, ha sido poco considerado desde el punto que aquí más nos interesa, es decir, el de la relación entre crisis de la regulación e intervención del juez penal.

En cambio resulta razonable plantear la hipótesis de que el papel adoptado por el juez en estos casos, cuando no se caiga en hipótesis interpretativas tan aventuradas como omnicomprendivas, basadas en la irreductible propensión a la corrupción de un determinado sistema político o en la quiebra de los valores éticos individuales y colectivos (elementos por supuesto presentes, pero a los que habría que reconocer un papel subsidiario y complementa-

rio), se debe reconducir principalmente (si bien no de manera exclusiva) a la acción combinada de dos crisis: la de determinadas modalidades reguladoras escogidas por el legislador y aquella, en parte aneja, del funcionamiento de los aparatos administrativos, sobre lo cual ya nos hemos detenido.

En efecto, no se debe olvidar que en gran parte la extensión del ámbito de acción del juez penal se produce en el terreno de los delitos contra la administración pública, y por tanto es de este primer elemento que debe partir cualquier interpretación.

Por lo que se refiere a las modalidades de regulación, las razones están bien ilustradas en dos ensayos de 1990 y por tanto, lo que es dicente, anteriores a la explosión de la acción de "manos limpias" (*manipulite*) y de *tangentopoli*.

En efecto, según un primer nivel de análisis relativamente simple la intervención del juez penal representa un efecto perverso, consecuencia del exceso de *regulation*, es decir de la circunstancia de que la complejidad de los procedimientos de control favorece la difusión de la corrupción⁵⁷. En esencia, esta última se debe asociar a la escasez institucional, esto es, a la escasez de determinados bienes inducida por escogencias jurídico-institucionales que sustraen una amplia serie de bienes al mercado, entendido como ámbito natural de los mecanismos distributivos. Ahora, cuando aumenta el área de la distribución confiada no al mercado sino a decisiones administrativas y políticas, aumentan también las ocasiones para la corrupción. Y puesto que ante este riesgo se reacciona de manera equivocada, comprimiendo la discrecionalidad natural de los aparatos con cuotas adicionales de regulación rígida o de automatismo propiamente dicho, el resultado es que en alguna medida los remedios

de este tipo de delitos se tornan, paradójicamente, en razones de su ulterior extensión⁵⁸:

No es diferente, pero sí más articulado y profundo, desde nuestro punto de vista, el análisis de quien considera necesario explicar el nuevo papel del juez penal con la nueva configuración del delito como riesgo social⁵⁹,

De acuerdo con esta perspectiva, el conjunto de las disposiciones penales creadas para sostener la observancia de las modalidades a través de las cuales el Estado realiza una gestión de monopolio de un bien, son en su gran mayoría casos en contraste con los criterios técnicos y organizativos de administración *ordinarios*. Así, en este orden artificial, se hace evanescente también el nexo entre norma penal e interés general; ello es tan cierto que puede suceder que el Estado abandone el instrumento penal y transforme las transgresiones en hechos objeto de tasación, como se demuestra en los casos repetidos de las (muchas) amnistías. Pero de esta manera el delito como riesgo social acompaña fatalmente a la crisis de la reserva de ley y al ocaso de la taxatividad⁶⁰.

Por lo que se refiere a la crisis del sistema administrativo, es forzoso hacer referencia a las consideraciones de orden general hechas con anterioridad, agregando, en vista de la perspectiva que aquí se considera, la especial importancia adquirida por el atenuarse de la función de control, en parte paralizada en algunas expresiones de crucial importancia (sanciones disciplinarias), en parte iniciada sólo recientemente en el desempeño de formas de control más significativas (núcleos de evaluación, controles de gestión, etc.), que con demasiada frecuencia se resuelve en la subsunción a controles de mera legalidad, poco significativos en este mismo plano y en todo caso

demasiado costosos en términos de funcionalidad.

Es previsible, entonces, no obstante lo patológico de sus razones y de sus mismos efectos, la impropia suplencia (en este caso realmentetal) que asegura el juez penal, como desde muchos lados ya se reconoce⁶¹.

4. Intervenciones financieras de sostenimiento

Un caso en el que resulta especialmente visible la relación conflictiva entre regulación legislativa y regulación judicial lo constituye el terreno de las intervenciones de gasto público de carácter social, en especial por lo que se refiere a medidas de seguridad social y asistenciales, régimen pensional, elementos del régimen retributivo del servidor público (remuneración básica, indemnizaciones, etc.).

No es necesario subrayar el papel determinante de estas formas de intervención pública en los sistemas contemporáneos. En cambio, es necesario precisar que, a diferencia de lo que hasta ahora se ha hecho al referir el discurso a la jurisdicción ordinaria y administrativa, en este caso entre los jueces se deben incluir todas las instancias que de diferentes maneras desempeñan funciones jurisdiccionales, empezando por la Corte Constitucional, que por supuesto ha tenido un papel determinante en esta materia en razón del objeto de su propio juicio. La alineación, por lo demás, tiene sus bases de derecho positivo en la previsión legislativa que equipara, para fines de las finanzas públicas, todas las sentencias definitivas de los órganos jurisdiccionales susceptibles de determinar mayores costos⁶².

No es esta la oportunidad para hacer referencia al delicado problema constitucional planteado por pronunciamientos semejantes, en especial desde el punto de vista

del respeto de las prescripciones dictadas por el artículo 81 constitucional que, sin embargo, había logrado conducir la doctrina, desde hace tiempo, a solicitar reformas en el régimen de las sentencias de la Corte Constitucional⁶³.

Urge recordar, en cambio, para limitarnos a esta última, que, las sentencias así llamadas "aditivas" han aumentado considerablemente a partir de la segunda mitad de los años ochenta y han significado nuevos y mayores gastos, por un valor que se estima puede llegar a muchas decenas de miles de millones⁶⁴, de los cuales cerca de 30.000 corresponden a la actividad del INPS (el Instituto de la Seguridad Social) tan sólo en virtud de las cuatro sentencias 495 de 1993, 240, 264 y 288 de 1994.

Pero hay que repetir que el fenómeno se refiere, además de a la Corte, al Consejo de Estado⁶⁵, la Corte de Cuentas tanto en sede jurisdiccional⁶⁶ como de control⁶⁷, la propia Corte de Justicia de las Comunidades Europeas⁶⁸, además, por supuesto, de los jueces ordinarios.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la intervención del juez ha sido en estos casos de carácter aditivo, traduciendo por lo general en la extensión a otras agremiaciones o a la generalidad de los sujetos pertenecientes al mismo ámbito de beneficios originariamente concebidos para un número más limitado de destinatarios. Por lo tanto, es el principio de igualdad, y la respectiva prohibición de tratar de manera diferente situaciones iguales, lo que legitima estos pronunciamientos de los jueces, si bien no siempre resulta claro el criterio de interpretación utilizado, con qué instrumentos se reconstruyeron las situaciones entre las cuales se procedía a la comparación y cuánta fue la conciencia de los efectos (en algunos casos formidables) que se derivarían en el plano del gasto público.

Por lo que aquí nos interesa, y por fuera de las hipótesis (menos excepcionales de lo que sería deseable) en que los jueces se han pronunciado sobre supuestos de hecho que se referían a ellos directa o indirectamente, rozando formas de jurisdicción doméstica, es evidente el conflicto entre la regulación legislativa y la judicial, tanto cuando esta última ha extendido *sic et simpliciter* a otras categorías beneficios no previstos por el legislador, como cuando (y este es el caso de las clamorosas sentencias de 1993 y 1994 ya citadas), por no haber corregido el Parlamento evidentes injusticias introducidas por la legislación ordinaria pese a las repetidas invitaciones de la Corte, el juez constitucional no ha podido o querido hacer otra cosa, para superar las situaciones de ilegalidad, que generalizar a todos los posibles interesados una disciplina sectorial.

Los devastadores efectos sobre el sistema de las finanzas públicas y las fuertes polémicas derivadas de ello han inducido a una drástica corrección de la orientación jurisprudencial, en parte a través de un *self-restraint* (Corte Constitucional, sentencia 243/1993), en parte con decididas intervenciones de las instituciones políticas⁶⁹ reduciendo, si bien sin eliminarlos, los conflictos en esta materia entre legislador e instancias judiciales. De tal manera que, por lo menos en esta materia, se puede concluir que no siempre la causa de la intervención del juez es la crisis de la regulación, sino que a menudo es la acción de éste lo que genera dificultades para los instrumentos reguladores.

Con un efecto desestabilizador aún más profundo, porque la posibilidad de versatíficas las propias razones por vía judicial deslegítima las formas legales vigentes de composición de los conflictos (desde los procedimientos de licitación pública

hasta las negociaciones gobierno-sindicatos en los acuerdos sobre el empleo público hasta llegar al procedimiento administrativo), a cuya conclusión le quita el carácter de definitiva.

De ello deriva otro círculo vicioso: el aumento de la crisis de los sistemas ordinarios de mediación y la consiguiente recarga del nivel jurisdiccional; éste, a su vez, se encuentra cerca del colapso.

III. JUSTICIA COMO POLÍTICA PÚBLICA: EL BLOQUEO

La centralidad-suplencia de la función jurisdiccional, en efecto, no ha dado inicio a una cadena de asimetrías y de alteraciones propiamente dichas sólo hacia el exterior, en las relaciones con otros poderes o funciones, sino que ha terminado por repercutir con fuerza sobre sí misma, como ordenamiento institucional y como funcionamiento, hasta llegar a un grave estado de parálisis.

Las razones, como se ha visto hasta aquí, son complejas y así mismo es compleja (tanto en términos de extensión como de profundidad) la manera como las consecuencias han afectado al ordenamiento judicial en su conjunto, el cual no parece haber tomado plena conciencia de ello. Es más, resulta sorprendente constatar que los términos del problema escapan a una parte de los mismos protagonistas del proceso, los jueces y abogados (pero no al CSV, o Consejo Superior de la Judicatura)⁷⁰, que no pocas veces insisten en traer como causa primera de las disfunciones la relación, cada vez más desfavorable, entre crecimiento de la demanda de justicia y porcentaje de los cargos vacantes en el sector judicial.

En realidad, como es obvio, se trata tan sólo de un aspecto. Si es verdad que la liti-

giosidad crece en función de las variables exógenas varias veces recordadas, ya es cosa cierta el peso de las endógenas⁷¹ y, en especial, de las características del ordenamiento judicial y la disciplina del proceso, inseparablemente ligadas entre sí.

J. Crisis organizativa

Los problemas de organización, evidentemente innegables, no deben ocultar el dato, determinante, de que se encuentra en discusión todo el modelo institucional del orden judicial en razón de la crisis que ha afectado su función y su papel, como hemos visto hasta ahora.

Hay un nexo más profundo" entre el papel del juez como boca de la ley, precisamente en los países de *civil law*, y organización del orden judicial": la selección del personal (por concurso, terminar después de los estudios universitarios), la formación (toda al interior del cuerpo judicial)", el ascenso y la promoción (fundados en mecanismos formales que combinan antigüedad y mérito, evaluado éste con cierta discrecionalidad por parte de los superiores) y el trabajo judicial definido en formas generalistas (sobre la base del presupuesto que el personal puede desempeñar de manera indiferente todos los roles) son, aspectos todos en función de un papel definido en términos de ejecución⁷⁵.

Es decir, en función del modelo "burocrático" contrapuesto al "profesional" de los países de *common law*, en donde el reclutamiento (con el papel determinante de otras instituciones, en especial del ejecutivo), la formación (profesional) en el exterior, la ausencia de jerarquía (al menos comparable con la continental) y el prevalecer de controles externos acentúan el perfil de la legitimación y de la responsabilidad política, en sentido amplio.

Por supuesto, como observa Guameri, en cada uno de los modelos se plantea el problema de conciliar el principio de la independencia del juez y el de la responsabilidad democrática, pero mientras el primero (*civil law*) equilibra la plena autonomía de reclutamiento (concurso público) con una influencia significativa ejercida sobre la organización (a través de líneas burocráticas y jerárquicas), el de *common law* representa el máximo de la presión precisamente en el momento del reclutamiento⁷⁶.

Pero si, como hemos visto ampliamente, al juez se le pide aplicar un derecho que no raras veces está antes (principios, valores, Constitución) y más allá (intereses emergentes, conflictos sociales, etc.) de la ley; si, en definitiva, se le pide un papel diferente de aquel de mero ejecutor-intérprete de la prescripción legislativa, es obvio que de la diferente ubicación institucional se derivarán todas las consecuencias, incluidas aquéllas, determinantes, relativas a los diferentes perfiles de la justicia entendida como sistema organizativo. La sentencia 131 de 1966 de la Corte Constitucional, en materia de incompatibilidad del juez en el proceso penal, es el ejemplo más reciente y significativo de ello.

2. Crisis funcional

Dicho esto, es innegable que la manifestación más evidente de la crisis la constituyen los datos relativos al funcionamiento, en donde la situación es ya casi de parálisis en razón del gran aumento de la demanda de justicia y de una productividad de los despachos judiciales que no presenta incrementos (cuando no llega incluso a disminuir), con un inevitable incremento de los procesos pendientes.

El aumento de la diferencia en los procesos civiles es de grandes proporciones y

generalizado. Si se compara el año 94 con el 84 (cuyos datos se citan entre paréntesis) se aprecia en las preturas un incremento de nuevos procedimientos del orden de 12.5 % (1.5 %), en los tribunales 0.3 % (-11.3 %), en las cortes de apelación 5.2 % (8.2 %) y en la Corte Suprema 13.2 % (0.2 %), frente a una disminución de las sentencias, para el mismo período: preturas -7.2 % (-0.2 %), tribunales -0.5 % (9.8 %), cortes de apelación -2.5 % (-3 %) y en la Corte Suprema 3.1 % (-5.7 %).

De ahí que sea inevitable el aumento vertiginoso de los procedimientos civiles pendientes, que en el período 1985-1995 presentan para las preturas un incremento de 171.2 % (en cifras absolutas: 1.357.265), para los tribunales de 63.5 % (1.711.971), para las cortes de apelación de 61.8 % (60.190) y para la Corte Suprema de 17.9 % (36.148)⁷⁷.

De manera que en cifras absolutas se encuentran pendientes más de tres millones de procesos civiles: si a esto agregamos la duración promedio de cada uno de ellos (500 días en la pretura, 1.200 en el tribunal y 900 en la corte de apelación), como recuerda Cassese, podemos concluir que el bloqueo del juicio civil en Italia es ya total.

La situación en el ámbito penal es semejante, por lo cual nos limitaremos a dos datos: el 30 de junio de 1995 estaban pendientes en las preturas, los tribunales y los tribunales de menores, en conjunto, 2.680.000 procesos, mientras el retraso en los despachos se aproxima a 1.200.000 procesos⁷⁸.

Ciertamente no son mejores las relaciones entre ciudadanos y administración pública, e incluso es aún más impresionante su progresión. Por lo que se refiere a la demanda de justicia administrativa, Cassese trae los siguientes datos: en los años

sesenta se presentaban a los jueces administrativos cerca de 5.000 recursos por año; en los años ochenta los recursos son 40.000 y en los años 90 son 100.000. De manera que los recursos han aumentado veinte veces. Ante este aumento de la demanda de justicia, el mismo Cassese anota que la oferta ha sido insuficiente: el número de jueces, que era de cerca de 50 en los años sesenta creció a 230 en los años ochenta y hoy es de menos de 400. Y no es mejor la situación por lo que concierne las decisiones: en los años sesenta eran 4.000 anuales, en los años ochenta fueron 20.000 y en los noventa cerca de 45.000. El incremento, entonces, ha sido de 11 veces.

Por otra parte, la duración promedio de los juicios ante los jueces administrativos era de unos 5 años en los sesenta; en los años ochenta pasa a cerca de 8 años y ahora es de 11. De manera que la duración promedio de los recursos se ha duplicado en los últimos 30 años. Por supuesto, esta situación produce graves consecuencias también en los recursos pendientes: si éstos eran, a comienzos de los años ochenta, cerca de 160.000, a mediados del 96 se aproximaban a los 700.000. En conclusión, en quince años los recursos pendientes se han más que cuadruplicado.

Ante datos de estas dimensiones, todo comentario resulta por completo superfluo. Podemos limitarnos a observar, por el momento, que si es verdad que las razones generales y específicas antes examinadas han llevado (y llevarán aún más en un futuro) a un fuerte aumento de la demanda de justicia, subrayando su centralidad-suplencia, es igualmente cierto que a esta demanda no se ha dado respuesta y que el sistema judicial se encuentra en avanzado estado de colapso⁷⁹.

Esto, al mismo tiempo, confirma la (demanda de) suplencia del juez y plantea el

problema de cómo poner remedio a una crisis de dimensiones tan amplias.

3. Las alteraciones

Al lado de las respuestas que no se han dado, hay que considerar la desfiguración que *en cualquier caso* deriva para todo el cuadro (expectativas de justicia, instrumentos procesales, papel del proceso y del juez, efectos de la sentencia, etc.) de la situación apenas mencionada. Superado ya ampliamente cierto margen, el juicio y el proceso no sólo se encuentran en retraso: se convierten simplemente, en su conjunto y en sus diferentes aspectos, en otra cosa.

En primer lugar, ninguna estadística podrá representar nunca en forma adecuada la alteración que se ha presentado en las expectativas de justicia del ciudadano, que en la mayor parte de los casos se traducen en una pura y simple renuncia y, en otros, en la franja limitada de quienes disponen de recursos económicos y culturales para satisfacer de otra manera sus necesidades y por lo que hace sólo a controversias de entidad considerable, se transforma en la propensión a seguir caminos alternativos" o a recurrir al arbitramento⁸⁰, que se encuentra en proceso de extensión también en las relaciones con la administración pública⁸².

Pero decíamos que al lado del significado y de la utilización misma del juicio⁸³, la alteración atañe a todo elemento del proceso, desde el papel sustitutivo de las decisiones de fondo asumido por los actos cautelares (faltos sin embargo, casi siempre, de una motivación, por breve que sea) hasta los aspectos más secundarios, incluso de carácter organizativo, como el carácter del papel de la audiencia que se ha tornado, en este contexto, tan determinante como desprovisto de elementos aptos para

contener, o por lo menos para hacer reconocible y transparente, un poder discrecional tan extenso⁸⁴.

Los ejemplos que aún se podrían traer son innumerables: basta pensar en lo escasamente practicable (y en todo caso en lo poco apetecible), en este estado de cosas, del segundo grado, de hecho inaccesible para quien requiera de justicia y, por el contrario, ahora útil sólo en función de conductas dilatorias, o para desfigurar el papel del abogado y el deber (al menos moral) de disuadir al cliente (potencial) de emprender un camino sin salida. Como también en la tensión irreductible entre formas tradicionales de garantía de la independencia del juez (se puede pensar en su carácter irremovible) y la representación de la demanda social de innovación, que exige flexibilidad, apertura hacia el exterior, nuevas formas de legitimación y de responsabilidad.

Pero lo que aquí nos interesa es tan sólo mostrar la capilaridad de los daños, que de la crisis del dar justicia penetran en todos los ámbitos, incluso en los más lejanos y aparentemente marginales, del funcionamiento del proceso y de la conducta de las partes. Así, precisamente en el momento en que aumenta la demanda de justicia, en forma más que proporcional, aumenta también la propensión a evitarla.

Por supuesto, no es tarea nuestra, en este lugar, ni tan siquiera aludir a los remedios posibles, "específicos" o sistémicos⁸⁶; a lo sumo, señalar que muy difícilmente será posible afrontar realmente el problema sin echar mano de transformaciones, al mismo tiempo radicales y globales, de todo el sistema judicial y de su funcionamiento⁸⁷.

En cualquier caso, el cuadro general que emerge indica con claridad las características que ha adquirido la relación entre la crisis de la regulación y la justicia. El fe-

nómeno, en su raíz, es ciertamente común a todos los países del sistema occidental, pero en Italia se ha superpuesto a otras razones más específicas que han transferido al juez una función subrogatoria mucho más extensa que en otras latitudes y sin ninguna reforma significativa del ordenamiento judicial.

El resultado es que la crisis de los instrumentos reguladores se ha agregado a aquella otra, igualmente profunda, del juez y de la justicia. De manera que por una parte la (intentada) suplencia ha terminado por aumentar las dificultades de las regulaciones existentes, deslegitimando el papel de éstas y poniendo en duda su utilidad. Y aquí, entre otras, habría que investigar el papel determinante que juegan los medios de comunicación, puesto que la opinión pública percibe mucho más el caso individual que la regla general, lo que significa que la resonancia de la decisión del juez es mucho mayor, desde el punto de vista de los medios de comunicación, que la del legislador. El resultado es que la secuencia efectiva de la representación en el proceso de decisión se desarrolla a lo largo del eje caso individual-juez-medios de comunicación-legislador, en lugar de seguir la secuencia teórica legislador-caso individual-juez.

Por otra parte, el otro contraste, irreducible, entre nuevas tareas y régimen tradicional del ordenamiento funcional y organizativo ha arrollado las sedes judiciales, conduciéndolas a la semiparálisis, minando los diferentes institutos y desfigurando sus presupuestos.

El círculo vicioso se plantea de nuevo con el sistema político, que, en el momento mismo en que delega una cuota creciente de decisiones al juez a causa de su propia incapacidad para intervenir, se ve escapar (y, en algunos casos, objetar) lapo-

sibilidad de incidir en la organización del poder judicial no sólo en los puntos objetivamente más cuestionables (como el régimen de las procuradurías) sino también en aspectos en los que la intervención del legislador se encontraba plenamente legitimada por la lógica de las cosas y por el consenso popular. La introducción de la responsabilidad civil de los magistrados, concebida (por lo demás de manera impropia) como instrumento de equilibrio del poder judicial y en todo caso impuesta por un pronunciamiento referendario, se concibió en efecto, en forma lúcida, de manera tan maquinal como para impedir su funcionamiento práctico⁸⁸. Esto constituye un excelente ejemplo de retroceso del legislador frente a las resistencias del cuerpo judicial.

Otros casos, igualmente relevantes y clamorosos de resistencia judicial frente a escogencias innovadoras del legislador (basta pensar en la resistencia del juez administrativo frente a las privatizaciones por consideraciones "ontológicas"⁸⁹ o en algunas delicadas figuras de delito borradas por el legislador y "recuperadas" por el juez penal bajo otros supuestos de hecho)⁹⁰, están ahí para mostrar que más allá de cierto límite la situación se ha enrollado sobre sí misma y que de la suplencia judicial, motivada por la falta de regulación legislativa, no es raro que se haya producido un deslizamiento hacia el conflicto entre regulaciones reivindicadas por poderes diferentes.

IV_ PÉRSPECTIV AS

Es arduo decir qué perspectivas se pueden imaginar razonablemente en un escenario tan complejo y difícil, en especial para quienes, como quien escribe, no pertene-

cen a la categoría de los profetas, y por tanto, no saben con antelación cómo terminarán las cosas.

J. Aumento de la demanda de justicia

Con seguridad se puede prever tan sólo que la demanda de justicia ligada a la crisis de las viejas reglamentaciones o a la emergencia de nuevas exigencias de regulación, en el doble sentido de "necesidad" de justicia (es decir también sin específica representación procesal: bien desestimulados a hacerlo por las dificultades puestas en evidencia o bien en condiciones de practicar otros canales de satisfacción) y de "demanda" de justicia (inicio de nuevos procedimientos), está destinada a mantenerse elevada e incluso, con muchas probabilidades, a crecer aún más⁹¹.

Las razones principales de esta afirmación residen en dinámicas que interesan a toda la sociedad (los nuevos derechos), el sistema institucional italiano, las relaciones entre público y privado (privatizaciones) y la evolución del sistema político (en sentido mayoritario). Veamos sintéticamente las razones de ello:

a) El primer motivo está ligado a la evolución de la categoría de los derechos, en especial de los fundamentales, con los que se supera la acepción tradicional de libertad de las revoluciones burguesas establecidas en defensa de sujetos "fuertes" y se entra en el terreno de los derechos de justicia, para equilibrar el sacrificio de posiciones "débiles" que por lo general se verifica en las sociedades contemporáneas. El derecho a la vida, al trabajo, a la salvaguardia del ambiente y más ampliamente de los recursos no renovables, como ha mostrado en forma incisiva Zagrebelsky⁹², representan expectativas de justicia a menudo carentes incluso de titulares subjetivamente iden-

tificables (por ejemplo, las generaciones futuras) ante las cuales no se encuentran "obligaciones" sino "deberes", con base en el respeto de principios indisponibles también por parte del mismo legislador. Y puesto que estos derechos cuestan, en el sentido de que requieren de la movilización de recursos (o, lo que es lo mismo, la renuncia a utilizarlos en el tiempo presente), entran en conflicto con otros derechos y son de por sí indivisibles (es decir no reducibles al espacio nacional), su tutela requiere de virtudes como la ponderación y el equilibrio (el derecho "dúctil", precisamente), la sobriedad (evitando el desperdicio y el lujo inútil), la solidaridad (la escogencia de los unos es solidaria con la de los otros) que sólo en parte pueden ejercitarse por el legislador; por lo demás, en cambio, será el juez el que desempeñe una acción irremplazable.

Para decirlo de manera sumamente sintética, en la "sociedad de los 2/3" la cuestión de los nuevos derechos está, ante todo, en manos de los jueces y después, pero sólo en un momento sucesivo, del legislador y de la mayoría⁹³.

b) La segunda razón que respalda el aumento previsible de la regulación, tanto legislativa como judicial, se debe a la Unión Europea y al proceso de integración comunitaria, y ello por dos motivos: el primero, de carácter cuantitativo, ligado (especialmente en nuestro país) a la acción de armonización de la legislación en vista de los intereses comunitarios. Se trata, en realidad, de un proceso diferente en cada país, pero puesto que el nuestro se encuentra por lo general (con pocas excepciones, como por ejemplo la de la legislación contra el reciclaje de dineros ilícitos) en retardo respecto de la legislación de otros países (desde la tutela del consumidor hasta la del ambiente, la reglamentación del ingreso de los

extra-comunitarios y la disciplina de la licitación pública) de ello deriva, en todos estos casos, un fuerte reflejo de (nueva) reglamentación que se puede suponer que está destinado a durar. El segundo motivo, de carácter cualitativo, se debe en cambio a las políticas de *deregulation* y por tanto de desmantelamiento de los privilegios públicos en vista de la liberalización de los tráficos y de la realización de las cuatro libertades fundamentales.

Si se considera todo ello y si se agrega que desde fines de los años ochenta se ha abierto en ámbito comunitario un fuerte proceso autocrítico sobre el exceso de regulación presente hasta ese momento (basta pensar en el enorme aumento de las técnicas específicas que requiere la liberalización de la circulación de mercancías) en pos de un aligeramiento de la reglamentación, es razonable esperar que mucho de lo no resuelto por los órganos de la Unión Europea recaiga sobre el juez: el juez comunitario (en donde la Corte de Justicia, al superarse el principio de la unanimidad, estará llamada a tareas aún más determinantes que las desempeñadas hasta la fecha)" y el juez nacional.

e) Un tercer motivo nace de dos dinámicas que afectan, en Italia como en los otros países, al sistema administrativo en su conjunto y que, si bien con diferentes expresiones, convergen hacia la judicialización (y la consiguiente extensión de los conflictos confiados a la solución judicial) de la que una vez se definía como "actividad interna", y por tanto de un ámbito de por sí no relevante para el ordenamiento general: la transformación, consiguiente a los procesos de descentralización, del sistema administrativo público, de un único sistema estatal a una pluralidad de administraciones autónomas (territoriales y funcionales), cuyas relaciones y conflictos

adquieren un relieve jurídico, y la acentuada tendencia, si bien sólo recientemente iniciada, a la subsunción de la actividad administrativa a controles de calidad y eficiencia.

Los efectos de la primera ya son visibles incluso en los países de mayor tradición autonomista⁹⁵; los que descenden de la segunda, es decir, la consideración para otros fines (de lo correcto de los actos realizados a la subsistencia de culpa o dolo desde el punto de vista de la responsabilidad civil y penal del funcionario público) que hace el juez administrativo, ordinario y penal, de la lesión de los estándares cuantitativo-cualitativos elaborados para la evaluación de las actividades, son tan previsibles que su manifestación es sólo una cuestión de tiempo.

d) Otra razón, esta vez del todo doméstica y en realidad con efectos aún más inciertos, parece conectada a la adopción del sistema mayoritario, en especial si la disciplina del sistema electoral llegara a desembocar finalmente en esta opción. El gran poder adquirido por la mayoría en el ejercicio de la función legislativa tendría, en efecto, de acuerdo con muchos, que aumentar las necesidades de una suplencia judicial en clave de equilibrio. Pero hay quienes objetan que la concentración de poder en el ejecutivo, típica de los sistemas mayoritarios, al facilitar relaciones más directas con los intereses, en realidad hace que el sistema político sea más receptivo hacia la demanda política y que sea menos utilizada, por tanto, la vía jurisdiccional".

e) Por último, el proceso de privatizaciones, al que necesariamente corresponde, como se ha dicho tantas veces y como resulta también del texto de Giuliano Amato" sobre las autoridades independientes, un aumento más que proporcional de regulación: en parte normativo-legislativa, en

parte para-jurisdiccional (las autoridades, precisamente) y en parte judicial en sentido estricto.

Si se considera que estas dinámicas se agregan, y no borran ni sustituyen a las dinámicas generales y específicas mencionadas en las primeras páginas de este ensayo, podemos considerar fundada la previsión que hemos hecho sobre un mayor incremento de las exigencias de regulación hasta aquí conocidas.

2. Las posibles respuestas

Si ello es así, como todo permite pensarlo, entonces las posibles respuestas al desafío que los tiempos han lanzado, y más aún lanzarán en el futuro, no residen ni en la remoción del problema, es decir en un imposible retorno al pasado entendido como el buen orden antiguo de un juez por completo definido (y legitimado) por el papel de mera aplicación de la ley, ni por la reducción simplista de la cuestión al dato subjetivo de la turbulencia de los jueces y de sus orientaciones personales (como individuos y como orden).

Las respuestas, puesto que es forzoso hablar de una multitud de intervenciones en terrenos diferentes, se deben buscar actuando de manera conjunta en los dos planos que han emergido.

El primero, general, de las reformas institucionales que se refieren al Parlamento y a la función legislativa, el sistema de las fuentes (también reglamentarias), la forma de Estado (federal o en todo caso con una acentuada descentralización regional), el sistema administrativo, puesto que sería ilusorio limitarse a las (en cualquier caso necesarias) innovaciones del proceso y del ordenamiento judicial sin resolver las fuertes tensiones que, como hemos visto, se descargan directamente de la crisis de estos

elementos sobre la función jurisdiccional.

El segundo plano, más específico, es el de la intervención en los aspectos funcionales y organizativos de la justicia a partir del papel, inevitablemente diferente del que se ha puesto en hipótesis hasta acá, del juez, puesto que, como se ha dicho, es precisamente el postulado de esta figura (a la que están vinculados, con coherencia sistémica, el orden judicial y la estructura portante del proceso) lo que requiere ser profundamente reconsiderado.

Sólo en un momento (conceptualmente) posterior será posible dedicarse con provecho al conjunto de elementos que, por supuesto, requieren de una intervención apropiada: interrogándose sobre la posibilidad de proponer filtros para el acceso y sobre la solución extra-judicial de controversias numerosas pero de modesta entidad"; sobre los principios que deben presidir y guiar la aplicación del derecho extra (o supra) legal, como la equidad y la razonabilidad; sobre las formas de ulterior legitimación (modalidad de reclutamiento, formación profesional y cultural) del juez y sobre los instrumentos adecuados para asegurar la responsabilización consiguiente y necesaria (sanciones disciplinarias, control de la opinión pública); sobre la transparencia de las elecciones, grandes y pequeñas, realizadas (desde la motivación de la sentencia hasta la determinación del papel de las causas); sobre la identificación de sedes especializadas y de niveles, para que corresponda, a la diversificación de las demandas (en plural) de justicia, la articulación de los saberes y de los instrumentos de quien tiene que proporcionar una respuesta.

Y todo ello, nótese bien, no sólo para dotar al juez ante los nuevos conflictos o las cuestiones más significativas y de principio, sino también para hacer justicia frente

a los intereses tradicionales y a las controversias ordinarias, ahora peligrosamente desprovistas de respuesta⁹⁹.

Se trata, por supuesto, de una tarea formidable, mas no superior a los desafíos que nuestro tiempo nos ha planteado, y en cualquier caso ineludible para un país llamado, más que a retomar el control de los jueces, a proyectar nuevamente y por completo su propia justicia.

MARCO CAMMELLI
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Bolonia

Traducción
SANTIAGO PEREA LATORRE

* Ensayo escrito originalmente para la obra *Annali della Storia d'Italia Einaudi. Diritto e giustizia*.

1. MAJONE G. y A. LA SPINA. "Lo Stato regolatore". *Scienza Amministrativa*, 3/1991; de los mismos, "Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze", *Stato e Mercato*, 21/1991.

2. Así por ejemplo, LANGE y REGINI; Eds., *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bolonia: Il Mulino, 1987, la entienden como el modo en que se coordina un determinado conjunto de actividades o de relaciones entre actores, en que se destinan los recursos que están ligados a él y en que los respectivos conflictos reales o potenciales se estructuran, o bien se previenen y componen.

Como recuerdan MAJONE y LA SPINA ("Lo stato regolatore", *Cit.*, p. 18, nota 25) hay quien define la regulación, en sentido lato, como «restricción intencional del ámbito de actividad de un sujeto por parte de un sujeto no directamente parte o implicado en esa actividad», mientras se convierte en control por parte de una administración pública de una actividad particular, según una regla estatuida en el interés público, si se restringe el supuesto de hecho de los reguladores (actores públicos) y de los regulados (particulares) y se especifican los instrumentos y los objetivos de la regulación. Así B.M. MITNICK. *The Political Economy of Regulation*. New York: Columbia University Press, 1980.

3. G. MAJONE y A. LA SPINA. *Op. CU.*, p. 20.

4. En realidad esta distinción (sobre la cual se puede consultar R. LIZZI, "Politiche e processi regolativi: una riflessione sugli studi comparati della regola-

zione ambientale", *Rivista Trimestrale di Scienze del'Amministrazione*, 21/1995, p. 79) ha sido duramente criticada por otros estudiosos (como T.J. LOWI, *The Welfare State, the New Regulation and the Rule of Law*, 1986), según los cuales por una parte no son muy claros los presupuestos analíticos sobre los cuales se funda, mientras por otra sería preferible una tipología diferente de políticas públicas (cuatro categorías: distributivas, redistributivas, regulativas y constitucionales), a cada una de las cuales corresponde en efecto un diferente ámbito de poder.

5. G. TAREUO. *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia, 1988, pp. 211 ss.

6. Es decir, en orden a una de las tres funciones fundamentales desempeñadas por el derecho, junto con la represión de las conductas peligrosas para la vida de la colectividad y la determinación de las reglas legales para el ejercicio del poder por parte de la autoridad: así G. TARELLO, "Organizzazione giuridica e societa moderna", en AMATO y BARDEIRA. *Manuale di diritto pubblico*, IV. Bolonia, 1994, pp. 20 ss.

7. Como la determinación de las reglas para la legitimación de los actores en juego. que abre la obra de EDOUARD LAMBERT. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921 (ahora en: *Il governo dei giudici...*, R. d'Orazio Ed., Milán, 1966) como ejemplo de regulación judicial «de los grandes conflictos que dividen las diferentes clases sociales» (en nuestro caso: la sentencia del Tribunal del Sena sobre la disolución de la Confederación General del Trabajo).

8. R.C. VAN CAENIG'IM. *Introduzione storica al diritto privato*. Bolonia, 1995, pp. 208 ss.

9. M. SHAPIRO "Access to the Legal System and the Modern Welfare State: American Continuities", en *Access to Justice and the Welfare State*, M. Cappelletti, Ed., Stuttgart, Bruselas y Florencia, 1981. subraya en efecto que en el sistema norteamericano el proceso desempeña dos funciones, del todo diferentes entre sí la solución de una controversia individual y la ocasión para repensar y redefinir determinadas políticas públicas (p. 29).

10. L.M. FRJEDMAN. *Total Justice*, New York: Russell Sage Foundation, 1994 (reimpresión). p. 70.

11. Son especialmente útiles las consideraciones desarrolladas en su momento por G. Fxssó. "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", *Rivista Trimestrale di Diritto Procedurale Civile*, 1972, pp. 899 ss.

12. S. ROORAA, "Magistratura e politica in Italia", en *Governo dei giudici*, E. Bruti Liberati, A. Cereetti y A. Giasanti (Eds.), Milán, 1996, pp. 17 ss.

13. M. CAPPELLETTI (*Giudici legislatori?*, Milán, 1984), subraya que, para describirlo, Jeremy Bentham acuñó, a comienzos del siglo XIX, el término "derecho judicial" (*judiciary law*). De la misma manera, en los años setenta, respecto de la experiencia alemana, se ha hablado de una transición progresiva del *Rechts-staat* al *Justizstaat*, a causa "del aumento evidente e incontrastable de la importancia de la función jurisdiccional en el ámbito de los poderes públicos".

También por parte de algunos sectores de la judicatura (véase por ejemplo el reciente documento "Compiti della politica, doveri della giurisdizione", XI Congreso Nacional de Magistratura Democrática, Nápoles, febrero 29 a marzo 3 de 1996, en *Questione Giustizia*, 4/1995) se tiende a considerar que para la comprensión de las transformaciones que se refieren a la jurisdicción no son útiles los modelos interpretativos fundados en la suplencia respecto de la política. Suplente, se observa, es «una actividad que ocupa de manera transitoria (si bien en ocasiones requerida) un territorio ajeno» (*ibid.*, p. 771), mientras el crecimiento de la intervención judicial no tiene nada de circunstancial, sino que hunde sus raíces en la transición del Estado liberal clásico al Estado social de derecho.

14. Cfr. G. TARELLO. "La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura". En *Cultura giuridica e politica del diritto*, *Cit.*, pp. 361-2.

15. Cfr. G. ALPA. *L'arte di giudicare*. Bari, 1996, pp. 3 ss.

16. M. CAPPELLETTI. *Giudici legislatori?*, *Cit.*, p. 14.

17. E. Baurr LIBERATI. "Potere e giustizia", en *Governo dei giudici*, *Cit.*, pp. 188 ss, donde, entre los diferentes testimonios, se cita en especial el de TATE y VALLINDER, editores del volumen *The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics*, New York University Press, 1995.

18. L. FERRAJOLI. "La giustizia penale nella crisi del sistema politico". En *Governo dei giudici*, *Cit.*, p. 65.

19. Con la consecuencia obvia de una peligrosa proximidad del juez a los conflictos políticos y a las dinámicas mayoría-oposición, lo cual, por supuesto, plantea problemas inéditos como los que subraya PALAZZO "Certeza del diritto e codificazione penale", *Politica del Diritto*, 21/1993, p. 369, para quien la incertidumbre legislativa puede favorecer un ejercicio arbitrario del poder judicial tanto en cuanto contiguo a las fuerzas políticas de go-

bierno como cuando, como hoy, se registra por el contrario un alto grado de conflictividad entre una y otras.

Se consideran como indicadores (si bien mediatos) de alguna importancia en orden a estas relaciones los vínculos entre partidos y candidatos a los cargos judiciales más importantes respecto de las elecciones del CSM. Véase G. DI FEDRICO. "Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà ad attuarle". *Rivista Trimestrale di Scienza Amministrativa*. 1985, xxxii, pp. 21 ss; y del mismo autor, "Lottizzazioni correntizie e 'politicizzazione' del CSM". en *Quaderni Costituzionali*, 1990, X, pp. 279 ss., o el claro predominio de autorizaciones para proceder solicitadas para parlamentarios de la oposición respecto de las solicitadas para los de la mayoría: véase F. CAZZOLA y M. MONSI, *la mutua diffidenza. Il reciproco contratto tra magistrati e politici nella Prima Repubblica*. Milán, 1996, pp. 142 ss. Sobre esta materia, más en general, C. GUARNIERI. *Magistratura e politica in Italia*, 2ª ed. Bolonia, 1993.

20. G. Fxssó. "Il giudice e l'adeguamento del diritto", *Cit.*, pp. 923 ss., con amplias referencias a la doctrina italiana y extranjera sobre la materia.

21. M. CAPPELLETTI. *Giudici legislatori?*, *Cit.*, pp. 25 y 29.

22. En sentido opuesto, C. GUARNIERI y P. PEDERZOU, *la democrazia giudiziaria*, Bolonia, 1997, pp. 153 ss. consideran injustamente menospreciado este carácter, en especial por los juristas.

23. M. FROAVANTI. *Appunti di storia del/e costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Turin, 1995, pp. 116 ss.

24. G. FASSÓ, *Op. Cit.*, p. 929.

25. N. BOASTO. "Quale giustizia. quale legge, quale giudice", en *Quale giustizia*, 1971, p. 269.

26. S. RONORÁ. "Gli studi di diritto contemporaneo", en *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*. Acquarone, Ungari y Rodota (Eds.) Milán, 1968, pp. 103 ss.

27. G. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*, Turin, 1992, pp. 183 ss. (trad. castellana, *El derecho dúctil* Madrid: Ed. Trotta, 1995).

28. S. ROORAA. "Magistratura e politica in Italia", *Cit.*, p. 27, para quien, además, «la transformación y el fortalecimiento del papel de la jurisdicción derivan también de su ubicación en el sistema político, que hace de ella la primera institución que encuentran sujetos e intereses nuevos, en búsqueda de legitimación (véanse los sucesos en materia ambiental y de tutela del consumidor)». De

manera que en la medida en que el legislador es lento en su respuesta a estas instancias, tanto más fuerte se torna, por parte de éstas, la búsqueda de otro pasadizo institucional que la magistratura puede proporcionar por su naturaleza de poder difuso. Esta es la razón por la cual las relaciones entre poder legislativo y judicial no pueden explicarse con la burda categoría de la suplencia judicial, mientras la verdadera cuestión que se debe plantear es la de los límites de la jurisdicción y cómo pueden definirse.

29. G. TARELLO. *Cultura giuridica e politica del diritto*, Cit., pp. 363 ss.

30. A este punto se refiere ampliamente V. ÜNIDA. "L'nttuazione della Costituzione fra magistratura e Corte Costituzionale", en: *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Scritti in onore di C. Mortati, Vol. 4, Milán, 1977, pp. 501 ss., y S. RoDOTA. "La libertà e i diritti", en: *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, R. Romanelli (Ed.), Roma, 1995, pp. 353 ss.

31. En 1970 Reale, entonces ministro de Gracia y Justicia, tras afirmar que «la norma que el juez está llamado a aplicar resulta a menudo vieja[...] en razón del hecho que la adecuación de la ley a la realidad social se produce con notable retardo», reconocía que todo ello «termina por aumentar la responsabilidad interpretativa de la ley por parte del juez», y agregaba: «éste —no obstante siga siendo juez, no se transforme en legislador y repudie toda tentación de recurrir a la barbarie del "derecho libre"- tiene, sin embargo, a la luz del dictado constitucional que es la ley vigente de mayor importancia, que utilizar ese coeficiente de elasticidad en la interpretación de la ley misma»; véase *Politica del Diritto*, 1/1970, p. 23. El editorial de la revista, titulado "La supplenza dei giudici", comentaba lo siguiente: «Una vez establecida la situación de inercia parlamentaria, la magistratura se identifica como institución de frontera, a la cual se confía la tarea de afrontar y absorber los impulsos provenientes de la sociedad, a los que las otras instituciones no están en condiciones de hacer frente en las sedes formalmente pertinentes. Y es justo esta posición de frontera lo que explica el creciente interés de la opinión pública hacia la magistratura y las tensiones que la atraviesan».

32. Al respecto, véanse los ensayos recogidos en *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Quaderni San Martina, Bolonia, 1990, y en especial los de E. CttELI, U; RESCIGNO, A. MAsSERA, C. PINELLI y D. SüRACE.

33. G. MEI. Is. "L'arnministrazione", en: *Storia dello Stato italiano*, R. Romanelli (Ed.), Cit., pp. 246 ss.

34. M. CAMELLI. "La política di riforme del governo locale", en: *Le politiche pubbliche in Italia*, B. Dente (Ed.), Bolonia, 1990, pp. 157 ss. En el mismo sentido R. RoMANELLI. "Centralismo ed autonomia", en: *Storia dello Stato italiano*, Cit., pp. 172 SS.

35. Al respecto, S. CASSESE. *La formazione dello Stato amministrativo*, Milán, 1974, y *L'Amministrazione dello Stato*, Milán, 1976.

36. Es lo que LAWRENCE M. FRIEDMAN, "Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State", en: *Access to Justice*, Cit. deduce del caso *Bailey vs. Alabama*, es decir de sentencias que introducen políticas demasiado avanzadas y carentes del sostén organizativo necesario por parte de los aparatos (pp. 262-3).

37. Como por ejemplo, los que subraya C. CARLI ("Il caso Chevron. Interpretazione del giudice e interpretazione dell'amministrazione negli Stati Uniti", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 41/1995, pp. 959 ss., según el cual «allí donde se deja un espacio de hecho amplio para la reglamentación administrativa, como puede suceder por ejemplo en el caso de la deslegislación, es posible que surja el problema del tipo de control que es dado ejercitar por el juez sobre la interpretación que de una ley ha proporcionado la administración» (p. 961). Un control que podría resultar también muy tenue si se considera que la Corte Suprema, en el caso en cuestión, ha afirmado que en los casos en que la ley sea ambigua o no se ocupe del problema específico, «la cuestión para el juez es si la respuesta de la agencia se basa en una interpretación admisible de la ley» (Cfr. nota 4, supra).

38. Basta pensar en los problemas suscitados, por lo menos hasta la muy reciente suspensión impuesta por la Corte Constitucional, por los decretos de urgencia y por las "cadenas" de decretos-leyes reiterados. De ahí deriva una gran tensión con los jueces que, en efecto, a menudo han logrado no aplicarlos, planteando la cuestión de legalidad constitucional de estas disposiciones. Por otra parte, en la base de esta actitud se encuentra la decisión de la Casación, primera sección penal, de enero 15 de 1994, según la cual «una vez decaído el decreto-ley que contempla una hipótesis delictiva, la conducta ilícita puesta en acto en el periodo de su eficacia no constituye título para la condena, sin importar la reintroducción en un decreto-ley sucesivo».

39. Estas razones, complejas y de carácter estructural, como hemos visto, parecen más persuasivas que las que tienden a explicar la crisis actual con categorías más evanescentes, como el aumento de la distancia entre poderes formales y poderes reales o la comprensión de los derechos sociales y la consiguiente tendencia del poder a situarse en sedes extralegales, como en el citado documento "Magistratura Democrática" de 1996.

40. M. R. ÜMASKA. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. Bolonia, 1991, pp. 73 ss.

41. Obligado a una personalidad poliédrica por la necesidad de hacerse, según las circunstancias, «juez legislador, juez mediador, juez administrador, juez hroe, juez controlador, juez operador social, etc.»: A. CERETTI y A. GIAsANTJ. *Governo dei giudici*, Cit., "Prefacio", p. 10.

42. G. ALPA. *L'arte di giudicare*. Bari, 1996, pp. 53 ss. y 217 SS.

43. M. TARUFFO. *La giustizia civile in Italia da 700 ad oggi*. Bolonia, 1980, pp. 353 ss.

44. En especial por la "pasividad" del proceso civil, fundado sólo en el interés de las partes en dirimir la controversia.

45. Hubo que esperar hasta 1970 para que se introdujeran reformas significativas, por lo demás limitadas al área del derecho laboral, gracias a la entrada en vigor del Estatuto de los trabajadores, que reconoce la legitimidad para actuar del sujeto portador del interés colectivo, es decir del sindicato (M. TARUFFO. *La giustizia civile in Italia ... Cit.*, pp. 156 SS.).

46. *Ibid.*, p. 363.

47. Cfr. reducción de los requisitos de los *pleadings*, fuerte extensión de la *discovery*, normas en materia de *class actions* (posibilidad para un grupo de sujetos de organizarse para hacer valer derechos análogos frente al mismo adversario), de reunión de las causas, de intervención o llamada de terceros, de costas procesales. A. BIONDI (Ecl.) *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*. Bolonia, 1993, y G. C. HAZARD y M. TARUFFO. *La giustizia civile negli Stati Uniti*. Bolonia, 1993, p. 244.

48. Se puede mencionar el dato, también citado por Hazard y Taruffo (*ibid.*, p. 253), según el cual «menos del 5 % de las causas llega realmente al debate» porque se concilian antes en sede de *discovery* junto con la reducción del costo que de ello deriva en términos de duración de la causa, como signo del buen funcionamiento de la justicia civil en los Estados Unidos y como fruto del dualismo indicado.

49. D. SoRACE. "Gli 'interessi di servizio pubblico' tra obblighi e poteri delle amministrazioni", *Foro Italiano*, 1988.

50. G. BERTI. *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padua, 1986, pp. 449 ss.

51. Ley de Institución del Ministerio del Ambiente y de disciplina del daño ambiental.

52. Cfr. *Carta dei servizi*, Cuaderno del Departamento para la Función Pública, Roma, 1993, luego en gran parte adoptada en la Directiva del Presidente del Consejo de Ministros de enero 27 de 1994, sobre lo cual véase M. STEFANELLI. *La tutela dell'utente di pubblici servizi*. Padua, 1994.

53. HAZARD y TARUFFO. *La giustizia civile ... Cit.*, pp. 250-1, a propósito de las dificultades encontradas en ciertos casos por la *injunctio* para obtener resultados, citan precisamente el caso de que «el actor pida un acto que ordene a un órgano administrativo que desempeñe una determinada actividad», como el establecimiento de mejores servicios, etc., porque «el órgano administrativo puede permanecer inerte, o puede no estar en condiciones de dar ejecución efectiva al acto», en especial cuando ello requiere de «la disponibilidad de recursos financieros».

54. Cfr. MERUSJ. "Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo", en: AUTORES VARIOS, *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiane e inglesi a confronto*. Milán, 1983, pp. 121 ss.

55. A. ROMANO. "I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione", en: *Cento anni di giurisprudenza amministrativa*. Turín, 1989, pp. 101 SS.

56. S. CASSARINO. "Attuali problemi del processo amministrativo". *Foro Amministrativo*, 7-8/1994, p. 1993.

57. F. LOMBRADI. "La corruzione come momento del processo di allocazione delle risorse". *Società e Diritto*, 1-2/J 1990, p. 197.

58. LÜMBARDI observa en efecto que en los países de *civil law* el problema del control de la discrecionalidad ha adquirido características muy diferentes que en los países de *common law*. En éstos el control de la discrecionalidad tiende a realizarse en el plano de la obtención de los fines, subsumiendo el accionar administrativo al parámetro de la racionalidad y congruidad respecto de los fines: un modelo que se aprecia también en el diferente papel y en la mayor autonomía ofrecida al juez-interpreté. En el sistema europeo continental, por el contrario, predomina una concepción muy limitativa de la discrecionalidad, cuyo control se confía a

un conjunto tan amplio y desgastador de procedimientos que constituye un serio obstáculo para el desarrollo de la acción administrativa. De manera que el riesgo de corrupción se acentúa precisamente por los instrumentos ideados para impedirlos.

59. F. SUGUBI. // *reato come rischio socia/e*. Bologna, 1990.

60. Las consideraciones de Sounm, por la importancia que aquí adquieren, merecen ser consideradas en términos más articulados. Para el autor, en particular, la configuración de la responsabilidad penal no puede preverse ya de manera absoluta, sino que se presenta como un dato incierto que pesa sobre el individuo en función de la posición económica y social que recubre. El fenómeno se debe a la intervención dirigista del Estado sobre los bienes jurídicos, los cuales se presentan como un recurso público a cuya salvaguardia se dedica la norma penal. En cuanto tal, el bien jurídico se convierte en objeto de intercambio político y transforma la estructura del delito, cuya configuración depende de la subsistencia y de la distribución artificial (destinación) realizada por las normas cuya transgresión se encuentra penalmente sancionada. En especial, siendo un hecho adquirido la correlación entre Estado social y fragmentación de las fuentes normativas, así mismo termina por ser fragmentada la definición de las libertades. Entre las consecuencias que derivan de ello se encuentra la que se refiere a la naturaleza del delito, en donde (respecto de los dos postulados tradicionales: libertad y respeto de los derechos) se inserta una variable más: el respeto de los diferentes cuerpos normativos (normativa penal en materia de construcción, de urbanismo, de contaminación, etc.). De manera que el núcleo del delito se desplaza: del binomio hecho-reo a la mera transgresión de la norma.

Lo cierto es que, ante una realidad social que manifiesta nuevas necesidades e intereses que reivindican una tutela jurídica, el Estado apronta una tutela penal junto con un proceso de publicación del bien protegido: así, el bien jurídico se protege penalmente no en cuanto perteneciente a sujetos diferentes del Estado, sino en cuanto hecho propio por el mismo Estado. De esta manera no sólo se desvalora el elemento subjetivo del delito (puesto que la comprobación del dolo y de la culpa se vuelve menos apreciable, por considerarse presentes *in re ipsa* en la transgresión), sino que se desvalora también el elemento objetivo, porque se castiga la inobservancia en cuanto tal de la norma y la ofensa no juega ningún papel en la graduación de la culpa. Basta pen-

sar en el artículo 17 de la ley 10 de 1977 y en el 20 de la ley 47 de 1985 en materia de construcción: la pena es por la transgresión de la regla técnico-administrativa y es la misma en cualquier caso de construcción abusiva. En definitiva, el derecho penal, de instrumento de protección de los bienes jurídicos, se convierte en instrumento de establecimiento imperativo de los bienes mismos y de gestión de la legalidad penal y de la pena.

Este orden artificial se forma a través de procesos de negociación social, en donde cada grupo trata de acaparar la mayor cuota de inmunidad penal: pero de esta manera se desvanece también el nexo entre norma penal e interés general, puesto que a veces sucede que el Estado abandona el instrumento penal y transforma los hechos de transgresión penalmente sancionados en hechos tasables (condono). De manera que se podría decir que las prescripciones estatuidas por estas normas encuentran su legitimación exclusivamente en el ordenamiento que las crea. El delito como riesgo social se acompaña entonces de la crisis de la reserva de ley, del oca-so de la taxatividad, de la desaparición del elemento psicológico, y el ilícito penal se dirige hacia un carácter más atípico e indeterminado que el del ilícito civil.

61. Así E. BRUTI LmFRATI. *Potere e giustizia*, *Cit.*, p. 206, subraya el papel de suplencia del control penal ante la crisis de los otros controles (burocrático interno, político, del mercado). En este sentido se expresa también FERRAJOLI ("Crisi del sistema politico e giurisdizione", en: AUTORES VARIOS, *Il potere dei giudici*, Roma, 1994, p. 53), que precisamente por estas razones considera necesario restituir el derecho penal a la función de tutela de los bienes jurídicos primarios. El mismo BRUTI LmFRATI (*Ibid.*, p. 222) subraya de manera oportuna el riesgo de que se olviden las peculiaridades del proceso penal dirigido a establecer hechos específicos, haciendo además casual una intervención que no deriva de controles preventivos sistemáticos, sino de las denuncias de los particulares.

62. *Cfr.* el artículo 27 de la ley 67 de 1988.

63. Véase D. SoRACE. "Note in tema di sentenze della Corte Costituzionale che impongono nuove o maggiori spese e art. 81 costituzionale" *Foro Italiano*, 1984, I, pp. 48 ss.

64. Una reseña significativa de estos pronunciamientos en F. DONATI. "Le ripercussioni delle pronunce giurisdizionali sull'equilibrio del bilancio", en: *Crisi fiscale e indirizzo politico*, F. Bassanini y S. Merlini (Eds.), CNR, Progetto finalizzato Organizzazio-

ne funzionamento della pubblica amministrazione, 64, Bologna, 1995, pp. 585 ss., y en especial pp. 59 J ss.

65. Sentencia 27, de diciembre 16 de 1983, con la que se extienden también a los magistrados administrativos, contables y militares, así como a los abogados y procuradores del Estado, beneficios claramente reservados por la ley sólo a los magistrados ordinarios en sentido estricto.

66. Secciones unidas, número 69/7, marzo 5 de 1985.

67. Con lo que se amplía el alcance de la sentencia 501/1988 de la Corte Constitucional en materia de liquidación de las pensiones correspondientes a los magistrados: véanse los pronunciamientos 2018 de noviembre 10 y 2021 de noviembre 17 de 1988, en: *Consiglio di Stato*, 1989, II, pp. 437 y 638.

68. Sentencia de mayo 17 de 1990 (causa C-262/88, Barber), para el sometimiento al régimen dictado por el artículo 119 del tratado de las pensiones erogadas con base en un régimen legal general, en cuanto asimiladas a las retribuciones.

69. *Cfr.* el protocolo sobre el artículo 119 del Tratado de Maastricht, que excluye expresamente la calificación en términos de retribución de las prestaciones erogadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social.

70. No es casual que en las observaciones iniciales del reciente informe del CSM al Parlamento sobre el estado de la justicia, de julio de 1996, se reconoce que «la tendencia al incremento del trabajo judicial es tal, que no es posible compensarla tan sólo con el aumento de la planta de magistrados, ni enfrentarla sólo por medio de desplazamientos funcionales al interior de los despachos», porque si «se hubiera querido solucionar el incremento del trabajo exclusivamente con el aumento del cuerpo de magistrados, éste habría tenido que ser del 70 % en el decenio 1985-1995 sólo para el sector civil» (p. 2).

71. Empezando por M. CAPPELLETTI. *Giustizia e società*, Milán, 1972, y A. PIZZOAUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974. Para una interesante confirmación, véase S. PELLEGRINI. *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridico*, Milán, 1997.

72. C. GUARNIERI. *Magistratura e politica in Italia*, 2ª ed., Bologna, 1993, así como, recientemente, *La democrazia giudiziaria*, *Cit.*, pp. 153 ss.

73. Véase G. DI FEDERICO. *Il rec/utamento dei magistrati*, Bari, 1968, y G. FREDDI. *Tensioni e conflitto nella magistratura*, Bari, 1978.

74. Una intervención significativa en esta materia se debe al decreto ley 398 de noviembre 17 de 1997,

que si bien no garantiza (por lo menos en el propio texto) una formación común de magistrados y abogados, establece premisas importantes para ello: sobre esto véase G. DI FEDERICO. "Per una formazione comune di magistrati e avvocati" (mi meo), en el simposio "La giustizia del 2000. Avvocati e magistrati a confronto", Bologna, enero 23 a 26 de 1997.

75. Sobre estos aspectos es de especial importancia la vasta producción (entre 1981 y 1998) del Centro Studi e Ricerche sull'Ordinamento Giudiziario, de la Universidad de Bologna, a la cual se remite para profundizar en el tema.

76. Según GUARNIERI, «los países de *common law* parecen conciliar mejor la necesidad de asegurar una cierta receptividad de los jueces respecto del ambiente político y social, sin perjudicar en exceso su independencia y por tanto su imparcialidad. En estos países, en efecto, el poder de los jueces se equilibra influenciando en general sus valores, en lugar de tratar de condicionar directamente su comportamiento» (p. 4).

77. CSM, Informe al Parlamento, *Cit.*, tablas 4, 5 y 6.

78. *Ibid.*, tabla 2.

79. Los efectos ya van más allá de las fronteras nacionales: en efecto, de acuerdo con datos actualizados hasta diciembre de 1996, Italia es el primer país, según la Corte Europea para los Derechos del Hombre, en la violación del "debido proceso" a causa de lo prolongado de los tiempos de la justicia. De 1.426 recursos presentados a la Corte entre 1964 y 1996 a nuestro país correspondían 1.010, y de 997 condenas le correspondían 785 (véase *Il Sole-24 Ore* de abril 9 de 1997).

80. Las empresas de otros países, y en especial de la Unión Europea, que operan en Italia introducen ya por costumbre, en sus contratos, la cláusula de la remisión de los eventuales conflictos con ciudadanos o empresas italianas a la jurisdicción de los países de origen.

81. M. SHAPIRO. "Access to legal system", en: *Access to Justice*, *Cit.*, p. 284.

82. La orientación de hacer espacio al arbitramento administrativo (véase CASSESE. "L'arbitrato nel diritto amministrativo". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/3 1996, pp. 311 ss) tiene precisamente esta justificación. Pese a resistencias comprensibles, y a objeciones fundadas sobre todo en el principio de legalidad, el arbitramento se encuentra previsto ya por numerosas leyes sectoriales y situado en la corriente del derecho común por recientes decisiones de la Corte Constitucional (49 y 206 de 1994): sin embargo, es cierto que

sólo con la sentencia 152 de 1995, del mismo juez constitucional, nos orientamos hacia el reconocimiento de la paridad de las posiciones de las administraciones públicas y de los particulares también en el interior de este juicio.

83. Utilizado por el recurrente, en vista de los tiempos requeridos, también en clave de pura disuasión respecto de las razones ajenas y de aumento de la propia capacidad contractual de manera de obtener, por fuera del proceso, una modificación en sentido favorable para las propias razones: G. AZZARRI. "Profili evolutivi del processo amministrativo", en: *Cento anni di giurisprudenza*, *Cit.*, p. 180.

84. B. GNXZOSI. "I tempi della giustizia amministrativa e la formazione del ruolo d'udienza". *Foro Amministrativo*, 10/1994, pp. 265 ss.

85. El citado Informe del CSM al Parlamento, por ejemplo, al excluir la utilidad del aumento del número total de jueces, que implicaría(?) la «elefantiasis de la planta de magistrados, entre otras incompatible con las necesidades de una adecuada gestión y de asegurar un adecuado estándar cualitativo» (p. 8), apunta sobre todo a la revisión de las circunscripciones judiciales y de sus respectivas plantas de personal, así como a la institución del despacho del juez único de primer grado.

86. S. CASSARINO. "Attuali problemi del processo", *Cit.*, subraya por ejemplo la importancia del recurso a filtros pre-contenciosos y nota que la ley 241 de 1990, sobre la participación de los interesados en el procedimiento administrativo, puede comportar beneficios precisamente en este sentido.

87. Se podrían compartir, sobre este punto, las consideraciones desarrolladas por el citado documento "Magistratura Democrática", según el cual la ineficiencia de la justicia requiere, además de intervenciones de simple racionalización (número de magistrados y su disposición en el territorio, juez único de primer grado, medios materiales, etc.), un modelo alternativo de referencia que tenga como puntos firmes una drástica reducción de la extensión del derecho penal, la identificación de medios sustitutivos difusos, la previsión de tutelas no judiciales, el fin del monopolio togado sobre la jurisdicción. En donde, como es natural, lo que se quiere resaltar no es tanto la propuesta específica sino el nivel al que ha llegado el debate.

88. El funcionamiento efectivo de la ley 117 de 1988 no traicionó las expectativas de quien perseguía escasos resultados prácticos: por lo que es dado saber (datos del Ministerio de Gracia y Justicia citados por *Il Sole-24 Ore*, de septiembre 26

de 1994), más del 60 % de las escasas demandas de resarcimiento se encalló por dificultades y excepciones procesales, lo que desestimuló paulatinamente el recurso a la acción de responsabilidad (que pasa de 80 casos en 1988-89 a 30 en 1990, 24 en 1991, 23 en 1992, 16 en 1993 y sólo 7 hasta septiembre de 1994). En 1985 las acciones de responsabilidad civil fueron 24 (en *Il Sole-24 Ore*, febrero 14 de 1996).

89. Entre los casos más vistosos, la oposición frontal del Consejo de Estado a la privatización del empleo público (por el contraste insuperable entre naturaleza pública del sujeto con quien se instaura la relación laboral y disciplina privatista de este último) y la posición adoptada en relación con el régimen de los ex entes públicos transformados en sociedades por acciones (por ejemplo, las Ferrovías del Estado), considerados órganos indirectos de la administración pública, con la consecuencia de que los actos adoptados son administrativos y están reservados a la jurisdicción del juez administrativo. CONSEJO DE ESTADO, sección IV, mayo 20 de 1995, N° 498; *Cfr.* S. CASSESE. "Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato seopre il diritto naturale". *Giornale di Diritto Amministrativo*, 12/1995, pp. 1134 ss.

90. Las reformas de 1990 sobre los delitos contra la administración pública eliminaron explícitamente, como se sabe, la figura del peculado por distracción, a causa de sus elementos difícilmente identificables y en todo caso a menudo superpuestos a una valoración puramente discrecional de la administración, dejando en pie sólo el peculado por apropiación. Pese a ello, muchas sentencias, y aún más incriminaciones, sucesivas han afirmado el principio de que la nueva versión del artículo 314 del Código Penal se debe entender en el sentido que la apropiación comprende también la distracción. De manera que ésta, de supuesto el hecho borrado por el legislador, ha regresado como variante de la apropiación, que en cambio el Parlamento conserva. Esto, por supuesto, cuando no se ha considerado oportuno reabsorber, más fácilmente, el peculado por distracción bajo el abuso del cargo: así, F. SNUMM. "Reati contra la pubblica amministrazione e sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa: il legislatore alla rincorsa del pubblico ministero", *Diritto Pubblico*, 1/1997, pp. 99 ss.

91. Sobre este punto véase G. RFDUFFA. *Lafunzione giudiziaria*. Turín, 1993, pp. 149 ss.

92. G. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite*, *Cit.*

93. L. FERRAJOLI, "Crisi del sistema político", *Cit.*

94. Si bien ha pasado del activismo del período inicial, correspondiente al proceso de la primera organización del ordenamiento comunitario, a la autodisciplina de la fase sucesiva; véase F. MANCINI. "L'Europa dei giudici". *Mondoperaio*, 6/1990, pp. 86 ss.

95. M. LOUGHLIN. *Legality and Locality. The Role of Law in Central-Local Government Relations*, Oxford University Press, 1996.

96. Mientras en un régimen político consensual el estado de dispersión del poder impulsa a los actores políticos a orientar sus necesidades también hacia el sistema judicial, estimulando la expansión de su incidencia política: C. GUARNERI. "La magistratura nella transizione", *Cit.*, p. 5.

97. G. AMATO. En: *Annali della storia d'Italia Einaudi. Diritto e giustizia*.

98. *Cfr.* por ejemplo, en materia de empleo público, las soluciones extrajudiciales previstas en los artículos 30 y siguientes del proyecto de decreto ley que contiene modificaciones al decreto ley 29 de febrero 3 de 1993 adoptado, de acuerdo con el artículo 11.4 de la ley 59 de 1997, por el Consejo de Ministros, el 11 de febrero de 1998.

99. No sólo en Italia: L.M. FRIEDMAN, en "Claims, Disputes, Conflicts...". *Cit.*, p. 266, llama la atención sobre el hecho que las mayores disfunciones de las cortes se presentan precisamente a propósito de estas cuestiones.