

INTERNACIONAL

Nacimiento, pasión y muerte del código procesal penal italiano de 1989

Francesco CASCINI
Giuseppe CASCINI

1. EL NACIMIENTO DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

La República italiana ha necesitado más de 40 años para darse un código procesal penal diverso del heredado del fascismo, que se remontaba a 1930 y llevaba la firma de Alfredo Rocco y Benito Mussolini. Las vicisitudes legislativas que condujeron a la aprobación del nuevo código se iniciaron a partir del nacimiento de la República (junio de 1946), con la presentación de varios proyectos de ley, que permanecieron todos en el papel a causa de las dificultades creadas por las fuerzas políticas ligadas a la cultura del viejo código.

Por otra parte, en 1978, el Gobierno, sobre la base de una ley de delegación aprobada por el Parlamento en 1974, llegó a preparar un proyecto definitivo de código, que, sin embargo, no fue promulgado porque su planteamiento normativo contrastaba con la legislación antiterrorista que se estaba produciendo en aquellos momentos. El discurso fue retomado tras la fase de la emergencia y, finalmente, después de la aprobación de una nueva ley de delegación en febrero de 1987, el 24 de octubre de 1989 entró en vigor el nuevo código procesal penal.

El modelo en el que se inspira es, tendencialmente, de tipo acusatorio, caracterizado por la neta separación de las fases procesales (investigación y juicio) y de los papeles de acusador y de juez por la vía de la (tendencial) formación de la prueba en el juicio oral.

En el viejo código el ministerio público, órgano de la acusación, ejercía también funciones jurisdiccionales: tenía poderes coercitivos de la libertad personal del imputado y las investigaciones que realizaba gozaban de plena eficacia probatoria en el juicio.

A la figura del ministerio público se superponía la del juez de instrucción que desempeñaba, con evidente contradicción, el papel de investigador y de garante de los derechos del imputado. Hasta finales de los años 60, de la actividad instructora del fiscal o del juez instructor estaba totalmente excluida la defensa, que no fue admitida hasta los primeros años 70, a raíz de una serie de intervenciones de la Corte constitucional y de algunas modificaciones

aprobadas por el Parlamento. Tales innovaciones de tipo garantista, desordenadamente injertadas en un planteamiento de tipo inquisitivo, habían creado un sistema de «garantismo inquisitivo», cuyo resultado fue incidir negativamente sobre la eficacia de la investigación sin ofrecer, en cambio, garantías efectivas al imputado. En efecto, no obstante las reformas de tipo garantista, permanecía como elemento de caracterización inquisitiva del proceso un método de adquisición de la prueba ajeno al principio de contradicción. La prueba era asumida unilateralmente por el magistrado investigador (ministerio público o juez de instrucción) y la intervención de la defensa se producía sólo en la fase de valoración del material probatorio, ya adquirido.

2. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Antes de abordar el planteamiento del código procesal penal de 1989 hay que hacer una advertencia.

En apenas seis años de vida, el nuevo código ha sido profundamente modificado por intervenciones normativas y decisiones de la Corte constitucional, hasta el punto de transformar sus presupuestos iniciales. Todo ello a lo largo de una serie de vicisitudes muy interesantes que afectan a las cuestiones fundamentales del proceso penal.

Con la esperanza de hacer más fácil el seguimiento de esas vicisitudes se ha preferido comenzar con una descripción del planteamiento inicial del código, solo apuntando únicamente aquellas modificaciones que no han incidido de manera significativa en el sistema y cuya indicación se considera esencial para la economía del discurso, dejando para la última parte la descripción de las transformaciones más importantes.

2.1. La investigación preliminar

2.1.1. *El papel del ministerio público*

El ministerio público era una figura, si se quiere,

marginal en el proceso del código de 1930. En efecto, la fase sumarial, en la mayoría de los casos, estaba, en manos del juez de instrucción, cuyos poderes de acción y de iniciativa eran amplísimos.

El fuerte poder de iniciativa del juez de instrucción se justificaba en el sistema anterior a la entrada en vigor de la Constitución, con el argumento de que antes de 1948 el ministerio público italiano dependía directamente del poder ejecutivo.

Con la Constitución de 1948, en cambio, se eliminó la separación entre ambas magistraturas. En la actualidad, el sistema de acceso es único, único el Consejo Superior de la Magistratura, única la carrera, mientras el paso de las funciones de enjuiciamiento a las de investigación y acusación (y viceversa) resulta posible en cualquier momento a solicitud del interesado y es casi automático. En lo sustancial, los fiscales disfrutaban de las mismas garantías que los jueces.

El alto grado de independencia del ministerio fiscal, íntimamente unido al principio de obligatoriedad de la acción penal (expresamente previsto en la Constitución), ha permitido llevar a cabo una reforma en la que el ministerio público asumió un papel central.

2.1.2. *Poderes de impulso y de control del ministerio público*

El ministerio fiscal es el *dominus* de la fase de las investigaciones preliminares, en la que la defensa tiene un papel absolutamente marginal. En esta fase está encomendada al ministerio público una doble función: de control y de impulso de la actividad de la policía judicial.

En el planteamiento original, el código imponía a la policía judicial la obligación de comunicar al ministerio fiscal las noticias de delito en el plazo de cuarenta y ocho horas. Se trataba de una novedad de notable relieve, en cuanto hacía posible un control efectivo de la policía por parte de la autoridad judicial. En el sistema anterior, en cambio, la policía judicial podía hacer llegar las noticias de delito a la autoridad judicial con mucho retraso, lo que hacía imposible todo control sobre el desarrollo efectivo de las investigaciones, con una sustancial elusión del principio de obligatoriedad de la acción penal. No es una casualidad que los mandos policiales se opusieran a esta previsión, con la alegación capciosa

¹ Esta innovación, no obstante, conlleva el riesgo no desdeñable representado por el posible deslizamiento de los fiscales hacia la mentalidad de la policía judicial; es decir, el riesgo de que los fiscales, empeñados día a día en la actividad de investigación, en estrecho contacto con los órganos de la policía judicial, puedan acabar por compartir o avalar métodos y prácticas no conformes con la ley, abdicando de su propio papel garantista de control en nombre de una pretendida prevalencia de los fines sobre los medios.

Este peligro se hace visible con claridad en la observación de algunas prácticas y existe el riesgo de que pudiera llegar a convertirse en un fácil argumento para quienes —y en Italia son tantos—, de buena o mala fe, querrían separar al ministerio público del orden judicial y reducir su independencia. Argumento totalmente falaz, pues la patología debe ser neutralizada y no asumida como regla, pero la mar de insidioso.

de una objetiva imposibilidad de respetar un plazo tan riguroso y pidiendo a grandes voces su eliminación. Con la reforma de 1992 (de la que se hablará con mayor amplitud) se optó por una solución de compromiso, estableciendo la obligación de la transmisión de la noticia *sin dilación*.

Recibida la noticia de delito, el fiscal puede asumir de inmediato la *dirección* de la investigación, delegando la realización de actuaciones en la policía judicial. Desde este momento, las investigaciones deberán producirse en el ámbito de las directivas impartidas por el ministerio público, que es el titular del poder de investigación y dispone de la policía judicial.

Por otra parte, el código ha previsto fuertes limitaciones al poder de iniciativa de la policía judicial. Esta puede proceder por propia iniciativa a la *intervención* del cuerpo del delito y de las cosas necesarias para la determinación del hecho, pero deberá dar cuenta, en el plazo de 48 horas, al fiscal, el cual dentro de las siguientes 48 horas podrá convalidar la medida o disponer la restitución de las cosas.

Sólo en hipótesis marginales puede la policía llevar a cabo por su iniciativa *registros*, en todo caso sujetos a convalidación en los mismos términos que los secuestros.

La *detención en flagrante delito* debe comunicarse inmediatamente al ministerio público, que podrá disponer la libertad del detenido.

Así, pues, el ordenamiento atribuye al fiscal un papel de fuerte garantía y de control de la legalidad de las actuaciones de la policía.

La atribución al ministerio público del poder de dirección de las investigaciones ha tenido como consecuencia un aumento de la efectividad del principio de obligatoriedad de la acción penal. En efecto, en la realización de investigaciones delegadas, la policía judicial ha podido «beneficiarse» del estatuto de independencia del fiscal, sustrayéndose en buena medida al poder de control de los superiores en el orden jerárquico de la organización policial y, en último término, del ejecutivo.

Esta diversa situación es seguramente una de las razones de la expansión e incisividad de las investigaciones en materia de corrupción política y administrativa que tanto eco han tenido en Italia y en el mundo. En estas investigaciones ha desempeñado un papel determinante la actividad de impulso de las fiscalías, que de hecho ha cerrado el paso a cualquier intento de ralentizar o desactivar aquéllas¹.

De aquí se deriva la necesidad de reforzar, en el plano normativo y en el cultural, el papel de garantía del fiscal, como razón primordial de su independencia y de su integración en el orden judicial.

Desde esta perspectiva tiene mucho interés la posición recientemente adoptada por el Consejo Superior de la Magistratura, al informar una proposición de ley de separación de las carreras de fiscal y de juez. El Consejo ha insistido con vigor en la necesidad de mantener la unidad de las carreras, señalando como valor la difusión, también en el órgano de la acusación, de la «cultura de la jurisdicción», pero, al mismo tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir modificaciones normativas adecuadas para hacer efectiva esa difusión, como, por ejemplo, la previsión de un término máximo de permanencia en la misma función.

2.1.3. **Secreto de las investigaciones preliminares y términos para su realización**

Se ha señalado como elemento caracterizador del planteamiento originario de la reforma la neta separación de fases (investigación y juicio) y la regla de la (tendencial) inutilizabilidad en el juicio oral de los materiales recogidos por el ministerio público en el curso de la investigación.

La investigación preliminar, en el diseño original, estaba, así, destinada casi exclusivamente a la búsqueda de las *fuentes* de prueba (en la terminología utilizada por el legislador). Tal planteamiento permitió a este último invertir la regla en lo relativo al secreto de la investigación. En efecto, en el sistema antes vigente, dado el carácter «instructorio» de la fase de investigación, estaba prevista, a título de garantía, la obligación de comunicación inmediata del inicio de la investigación al afectado por ella. En el nuevo sistema, en cambio, la fase preliminar es (casi) totalmente secreta y no existe ninguna obligación² de dar noticia de la investigación al investigado. Esta obligación surge sólo en el caso de la realización de los actos descritos como de «preconstitución de la prueba» (como registros, embargos), que, por su naturaleza, comportan la adquisición, en la fase de investigación, de elementos utilizables como prueba en el juicio. Además, como es obvio, existe una obligación de información de garantía en el caso en que se haya de proceder al interrogatorio de la persona investigada.

El nuevo código prevé, pues, una investigación secreta, libre de vínculos formales, dirigida personalmente por el ministerio público. Pero el legislador ha entendido que tal libertad de movimientos del fiscal debía ser limitada de algún modo. Por eso se ha previsto un tiempo máximo de seis meses para la realización de las investigaciones. Puede prorrogarse dos veces hasta un máximo de dieciocho meses, pero al concluir el término inicial, debe comunicarse la existencia de la investigación al investigado. De este modo, la investigación secreta no puede durar más de seis meses. Y en caso de realización de actos de investigación fuera de ese límite, se prevé como sanción la inutilizabilidad de los materiales recogidos una vez transcurrido aquel término.

Esta es una de las disposiciones más controvertidas del nuevo proceso. Muchos piensan que dieciocho meses es muy poco tiempo para la realización de cualquier investigación. Por lo demás, se añade, el código no prevé ningún término para la celebración del juicio, por lo que esa previsión es garantía de una investigación breve pero no de un proceso breve.

La razón histórica de esa previsión hay que buscarla en los tiempos bíblicos que caracterizaban a

la instrucción de los sumarios en el marco del código precedente. Sin embargo, es cierto que la solución adoptada peca de cierta ingenuidad, pues las investigaciones sobre fenómenos complejos necesitan con frecuencia mucho más tiempo. Por el momento la única solución, una vez más de carácter excepcional, ha sido ampliar el término máximo de las investigaciones sobre delitos de criminalidad organizada hasta veinticuatro meses (sin comunicación de las prórrogas al investigado).

2.1.4. **El juez de las investigaciones preliminares**

La eliminación de la confusión entre poder investigador y poder decisor que caracterizó al código fascista (piénsese, por ejemplo, en el pretor, que desarrollaba las investigaciones y procedía a continuación a realizar el juicio); junto a la creación de una fase preliminar al juicio oral, dominada por el órgano investigador, y tendencialmente orientada a determinar si se dan las condiciones para el ejercicio de la acción penal (art. 326), ha impulsado inevitablemente al legislador de 1988 a la creación de un órgano tercero e imparcial para que se ocupe, por un lado, del control de la actividad desarrollada por el ministerio público y, en particular, del ejercicio obligatorio de la acción penal (art. 112 de la Constitución), y competente, por otra parte, para conocer de los incidentes que eventualmente pueden plantearse en el curso de las investigaciones preliminares (adopción de medidas cautelares, por ejemplo).

De ahí la creación del juez de las investigaciones preliminares (gip), absolutamente nuevo —no sólo en la experiencia italiana—, esencialmente dedicado a la salvaguardia de los valores cuya presencia en el proceso penal impone la Constitución, como la obligatoriedad de la acción penal (art. 112) y la reserva de jurisdicción en materia de libertad personal (art. 13).

Antes de entrar en el análisis de estas últimas actividades que, junto a la negociación (*patteggiamento*) y a la celebración del procedimiento abreviado —en los que el gip actúa con funciones de juez monocrático sobre la responsabilidad penal—, constituyen las tareas más importantes y delicadas de las que le están encomendadas, parece oportuno reseñar los supuestos que durante las investigaciones preliminares son de competencia del gip:

— *Archivo*. El ministerio público, una vez recibida la *notitia criminis* tiene la obligación de anotarla en el registro de las personas sujetas a investigación, si se conoce el autor del hecho; a partir del momento en que se da cumplimiento a esta formalidad comienzan a correr los términos dentro de los cuales el ministerio público debe dirigir sus solicitudes al juez.

² Incluso el legislador ha introducido, a través de una reforma de agosto de 1995, una prohibición de comunicación de la pendencia de la investigación al sometido a la misma. Esta reforma, ciertamente singular, responde, sobre todo, al interés de los partidos de centro-derecha, que en los últimos años han seguido una línea «garantista» frente a lo que definen como «el exceso de poder de los magistrados». En este caso, se ha afirmado que la comunicación al investigado (en el código: información de garantía)

era utilizada por los magistrados investigadores con finalidades políticas, es decir, como instrumento para perjudicar a los políticos. El «garantismo» de la derecha italiana, que los más perversos consideran consecuencia directa de las vicisitudes judiciales en las que se encuentra implicado el líder del mayor partido, sus familiares y colaboradores, es uno de los fenómenos políticamente más interesantes de la reciente historia italiana pero aquí, por desgracia, sólo puede ser apuntado.

Si el órgano investigador entiende que cuenta con los elementos idóneos para sostener la acusación en juicio (art. 125, normas de actuación del código procesal penal) a propósito de una fundada noticia de delito, ejercerá la acción penal en alguna de las formas permitidas (solicitud de envío a juicio al gip o elección de procedimientos alternativos).

Si, por el contrario, la noticia de delito resulta infundada, o bien los elementos recogidos en el curso de la investigación no sirven para sostener la acusación en juicio, el ministerio público dirige al gip solicitud de archivo. En este caso, el gip puede: a) disponer el archivo; b) convocar a una audiencia —que es necesaria cuando la parte perjudicada formule oposición al archivo—, al final de la cual decidirá si acuerda o rechaza éste.

El rechazo por el gip de la solicitud de archivo puede ir acompañado de la indicación al ministerio público de otras investigaciones a realizar, o bien del requerimiento de que formule la imputación en el término de diez días. En este último caso, es el juez quien se hace cargo —si bien indirectamente— del ejercicio obligatorio de la acción penal.

— *Incidente probatorio*. Permite, ya durante la fase de las investigaciones preliminares, la práctica de pruebas que no podría dejarse para el juicio oral. Se trata de un instrumento excepcional, en cuanto representa una derogación de los principios de oralidad e inmediatez. En efecto, en caso de incidente probatorio, el juez del enjuiciamiento podrá utilizar para la decisión una prueba recogida en la fase precedente por otro juez.

La excepción se ha estimado justificada por la necesidad de anticipar en algunos casos a la fase de las investigaciones la realización de un acto que no es susceptible de aplazarse hasta la fase del juicio (piénsese, por todos, en el supuesto del testigo gravemente enfermo y a punto de morir).

La admisión del incidente probatorio, a petición del ministerio público o de la defensa, corresponde al gip, que es quien asume la prueba, con la intervención contradictoria de las partes y según las reglas de formación de la prueba en el juicio oral.

— *Audiencia preliminar*. No está prevista en el procedimiento ante el pretor, en el que es el fiscal quien emite directamente el decreto de citación a juicio. Tiene por objeto hacer posible el control sobre la corrección del ejercicio de la acción penal por parte del gip —que en esta fase recibe la denominación de juez de la audiencia preliminar—. La función del juez en esta audiencia es verificar, a través de la contradicción de las partes, el fundamento de la petición de apertura del juicio formulada por el fiscal. El juicio tiene lugar en el estado actual del procedimiento, con la atribución de un excepcional poder de integración probatoria cuando la adquisición de nuevos elementos sea decisiva para optar entre el sobreseimiento y el envío a juicio.

En el sistema originario, el poder del gip de disponer el sobreseimiento libre del imputado estaba limitado al caso en que, al final de la audiencia, resultase evidente la no existencia del hecho, que el mismo no está previsto como delito, la presencia de una causa de no punibilidad o la extinción del delito. La necesidad de la evidencia de la falta de funda-

mento de la acusación para que pueda acordarse el sobreseimiento, fue incluida en el artículo 425 del código procesal porque el legislador pretendía evitar cualquier condicionamiento del juez del juicio oral, que en buena lógica acusatoria debe permanecer «puro» —es decir no contaminado por la adopción de ninguna decisión precedente— en relación con la acusación, y quería restringir el control de la audiencia preliminar a los casos de evidente inutilidad del proceso. En este sentido, la audiencia preliminar —aún pudiendo concluir con un sobreseimiento libre— era considerada por la doctrina como un filtro *de procesal* y no *de fondo*. La idea, aunque estimable en principio, ha producido resultados totalmente insatisfactorios. De hecho, la audiencia preliminar ha sido considerada por todos los actores del proceso una fase «inútil», predispuesta exclusivamente para la celebración de procedimientos alternativos (por lo demás, como se verá, bastante rara) y destinada indefectiblemente a concluir con la solicitud de apertura del juicio formulada por el fiscal (los casos de sobreseimiento en audiencia preliminar son poquísimos). No era un resultado que pudiera darse por descontado. En efecto, algunos gip han interpretado de modo diverso su propio papel de filtro, valorizando mucho el primer momento de contradicción representado por la fase de la audiencia preliminar, pidiendo a las partes un plantamiento de los temas de prueba, estimulando la utilización de los procedimientos alternativos, a menudo previa adquisición de nuevos materiales.

Los inconvenientes descritos impulsaron en 1993 al legislador a eliminar el término «evidente» del artículo 425 del código, permitiendo así al juez de la audiencia un control más incisivo sobre el fundamento del ejercicio de la acción penal y sobre la utilidad del juicio oral.

3. LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS

Una de las mayores novedades del nuevo sistema procesal es la introducción de los llamados procedimientos alternativos y, en particular, del juicio abreviado y de la aplicación de la pena a solicitud (negociación). Son institutos completamente nuevos, no sólo en la legislación italiana, y que tienen cierto parentesco con los difundidos hace ya tiempo en los ordenamientos del *common law*, en particular la *summary* inglesa y el *plea bargaining* estadounidense). Con ellos se ha pretendido injertar en un ordenamiento de constitución rígida y fundado en el principio de legalidad procedimientos propios de ordenamientos inspirados en tradiciones y principios muy diferentes.

En esto ha jugado mucho el equívoco, presente en alguna cultura jurídica italiana, que establece una estrecha relación —cuando no una relación necesaria— entre modelo procesal acusatorio y ordenamientos de *common law*, confiriendo apodicticamente carácter científico a un dato puramente descriptivo que tiene origen y razones diversas. De aquí el intento de adaptación al sistema italiano de instituciones de resolución alternativa del procedimiento. Intento, hay que decirlo, seriamente malogrado.

— *Negociación*. El artículo 444 del código procesal brinda al imputado la posibilidad de solicitar, en la fase de las investigaciones preliminares y hasta el momento de la apertura del juicio oral, la aplicación de una pena, prevista para el delito y siempre que, reducida hasta en un tercio, no sea superior a dos años. Si el ministerio público presta su asentimiento a la petición del imputado, el juez (el gip o el juez del juicio) «dicta sentencia imponiendo la pena solicitada». En tal caso no se da lugar al proceso y la sentencia es recurrible sólo en casación. La sentencia de aplicación de pena «está equiparada a un pronunciamiento condenatorio». El juez tiene un poder de control muy limitado sobre la petición del imputado, en tanto que reducido a verificar exclusivamente la corrección de la calificación jurídica del hecho y de la aplicación de las circunstancias y sólo puede absolver al imputado si, en el estado de la causa, llegase a apreciar la inexistencia del hecho, que el mismo no hubiera sido realizado por el imputado o la concurrencia de una causa de no procedibilidad o de extinción del delito. La doctrina³ evidenció inmediatamente la manifiesta contradicción de esta institución con la Constitución. En efecto, parece difícilmente refutable que con la negociación se aplica una pena sin determinación de responsabilidad, con clara violación del principio *nulla poena sine crimine* codificado en el artículo 25 de la Constitución. La imposibilidad de que el juez absuelva al imputado —o de rechazar su petición— en presencia de una prueba insuficiente o contradictoria, hace que la única justificación de la aplicación (y ejecución) de una pena sea esa solicitud, lo que implica un quebrantamiento evidente del principio de indisponibilidad de la libertad personal. Salta a la vista que en la institución de la negociación, de hecho, la solicitud del imputado asume el valor de *prueba legal* sólo superable en presencia de la prueba positiva de la inocencia del mismo.

Como consecuencia de esto, el asunto fue llevado inmediatamente a la Corte constitucional. La fuerte presión política en apoyo de los procedimientos alternativos, cuyo mantenimiento era considerado condición esencial para el buen funcionamiento del proceso, tuvo un peso determinante sobre la decisión de la Corte. Con una sentencia muy discutible —oscura y contradictoria en los puntos más delicados⁴— la Corte «salvó» la negociación, con una corrección sólo marginal. La institución ha sido considerada conforme a la Constitución, pero la Corte ha introducido la posibilidad de que el juez rechace la petición cuando estime que la pena indicada no es «congrua» y por ello no se adecua a la finalidad reeducativa que debe cumplir. Decisión ésta también extremadamente débil, puesto que la Corte tendría que haberse interrogado sobre la «congruencia» de una pena reducida en un tercio sólo por razones procesales.

³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés), Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 746 y siguientes.

⁴ En particular la Corte (sentencia n.º 313 de 1990), aunque negando valor de confesión a la solicitud de negociación, afirma que «el imputado que solicita negociar no niega sustancialmente su

— *Juicio abreviado*. Durante la audiencia preliminar el imputado puede pedir que se le juzgue por el procedimiento abreviado. Si el fiscal accede a la solicitud, el gip decide sobre la responsabilidad del imputado por el delito que se la atribuye, sobre la base de lo instruido en el curso de las investigaciones preliminares. En el caso de condena la pena se reduce en un tercio. Sin embargo, el juez puede rechazar la petición de juicio abreviado, cuando estime que es imposible decidir en el estado actual de los autos por considerar incompleto el material de conocimiento adquirido.

También la doctrina se ha pronunciado críticamente sobre este procedimiento alternativo⁵. En particular, produce perplejidad, también en este caso, la reducción procesal de la pena. Además, parece censurable la conversión de garantías fundamentales, como las reglas sobre la formación de la prueba, en posible objeto de negociación entre las partes. En efecto, de ese modo, por un lado, se consideran las garantías del justo proceso como derechos disponibles, por otra, se abren espacios para *tratos subterráneos* con el fiscal, sumamente peligrosos para la legalidad de la actuación de la acusación pública (el ministerio público podría verse tentado a tratar de obtener el consentimiento para la abreviación del trámite —que, recuérdese, comporta una reducción de pena de un tercio— a cambio, por ejemplo, de una colaboración del imputado).

También el juicio abreviado fue cuestionado ante la Corte constitucional, que en este caso, con una serie de decisiones, ha modificado sustancialmente el instituto. Las principales objeciones de inconstitucionalidad tenían que ver con el carácter no controlable de la facultad del fiscal de negar el consenso a la abreviación del procedimiento, privando así al imputado de la posibilidad de beneficiarse del descuento en la pena. Con las primeras sentencias (66/1990 y 81/1991), la Corte ha impuesto al fiscal la obligación de explicitar las razones de su negativa a consentir la abreviación del procedimiento y ha señalado como único parámetro la posibilidad de decidir el juicio en el estado actual de las actuaciones (es decir, el mismo parámetro sobre cuya base el gip admite o rechaza la solicitud de juicio abreviado) y ha atribuido al juez del juicio oral el poder de controlar la congruencia de la motivación de la negativa del fiscal. Por tanto, después de estas sentencias, en caso de rechazo de la propuesta de consenso por parte del fiscal, deberá producirse el juicio oral, pero el juez, al final del mismo, deberá verificar si el disenso de aquél estaba justificado, sobre la base de la posibilidad de decidir el juicio en el estado de los autos. Cuando el disenso aparezca injustificado, el juez aplicará, en caso de condena, una reducción de un tercio de la pena impuesta. Con posterioridad (sentencia 23/1992) el control del juez del juicio oral ha sido extendido a la decisión del gip

propiamente responsable». Una crítica rigurosa de esta sentencia de la Corte puede verse en Paolo Ferrua, *Studi sul processo penale, II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Turín, 1992.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit.; Paolo Ferrua, *Studi sul processo...*, cit.

desestimatoria de la petición de juicio abreviado. También en este supuesto, al concluir el juicio, el juez podrá aplicar la reducción de pena.

Más recientemente, la Corte ha tenido que revisar parcialmente su propia interpretación. En la sentencia 92/1992 ha llegado a la conclusión de que «la posibilidad de decidir en el estado actual de los autos» no es un parámetro idóneo para garantizar la paridad de tratamiento, en cuanto tal posibilidad de decidir depende exclusivamente de que las investigaciones preliminares sea más o menos completas, quedando por tanto a expensas de decisiones discrecionales e incontrolables del ministerio público. Por otra parte, aun consciente de la insanable inconstitucionalidad del instituto, la Corte ha preferido no intervenir con una sentencia aditiva o manipulativa, y ha invitado al legislador a actuar con urgencia para reconducirlo a la legalidad constitucional. Invitación reiterada en sucesivas sentencias, pero desatendida siempre.

4. EL JUICIO ORAL

El sistema procesal, tal como ha sido descrito, debía tener en el juicio oral, como momento central y garantizado de la reconstrucción del hecho y de verificación de la hipótesis acusatoria, su más elevada expresión de garantismo. La formación de la prueba por las partes, en pie de igualdad, en el juicio contradictorio, ante un juez tercero e imparcial, era la novedad más saliente del nuevo modelo procesal, caracterizándolo intensamente como modelo acusatorio.

En el sistema originario, la regla fundamental era la (tendencial) inutilizabilidad de las adquisiciones de la fase preliminar.

En el diseño del legislador la oralidad, la inmediación y la contradicción de las partes en la formación de la prueba tendrían que haber sustituido al simulacro procesal en que se había convertido el juicio oral durante la vigencia del código fascista, sistema en el cual el juez se limitaba a examinar las actuaciones del juez instructor y/o del fiscal en la fase instructora y emitía su decisión sobre la base de una reconstrucción de los hechos ya realizada previamente. El papel de la defensa, en aquel sistema, aparecía reducido a una confrontación sobre la prueba ya formada, quedando excluida la defensa de la fase de formación de la prueba.

— *Los autos del juicio oral.* La separación de las fases y de las funciones de investigación y juicio buscada por el legislador de 1988 está representada, incluso plásticamente, por la regla de la «duplicidad de autos». En efecto, después de la audiencia preliminar, el juez deberá proceder a la formación de los autos para el juicio, incluyendo en ellos sólo algunas de las actuaciones de la fase preliminar, y, en particular, en lo relativo a las pruebas, sólo la documentación de las consideradas «irrepetibles» (es, por ejemplo, el caso de las entradas y registros). La regla de la no utilizabilidad de lo adquirido en la fase preliminar se ve así reforzada por un sistema que tiende a privar al juez del juicio incluso el «conocimiento» de aquellas actuaciones. Sobre el contenido de los autos del juicio, las partes pueden

intervenir pidiendo la extracción o la inclusión de actuaciones en la fase preliminar del juicio. La importancia, incluso en el plano simbólico, del régimen de «duplicidad de autos» habría, quizá, aconsejado prestar una mayor atención a la formación de los autos del juicio, haciendo de ella una fase contradictoria, anterior, por ejemplo, a la conclusión de la audiencia preliminar. En este sentido se orientan algunas propuestas de reforma presentadas en la última legislatura.

— *El derecho a la prueba.* Suele definirse al nuevo modelo procesal como «oceso de partes». Y, en efecto, se ha confiado casi enteramente a las partes el poder de impulso en materia probatoria. En la fase preliminar del juicio las partes indican los hechos que pretenden probar y piden la admisión de las pruebas. El juez tiene poderes muy limitados sobre la petición de las partes, pudiendo rechazar sus peticiones sólo en el caso de pruebas prohibidas por la ley o cuando se trate de aquellas manifestamente superfluas o irrelevantes. El poder de las partes en materia de admisión de prueba tiene, no obstante, un límite general en la delimitación del objeto de la misma (art. 187), que el legislador ha restringido a los hechos base de la imputación y a la cuantificación de la pena, evitando así peligrosas extensiones del *thema probandum*.

Son pues las partes las que deben proporcionar al juez el material sobre el que ha de decidir.

En fin, hay que señalar que la prueba testifical debe ser solicitada, so pena de preclusión, al menos siete días antes del señalado para la vista, con indicación de las circunstancias sobre las que ha de versar el examen. Transcurrido ese término, sin embargo, las partes tienen derecho a la citación de testigos para hacer contraprueba sobre las circunstancias señaladas por las otras partes. Para la admisión de las demás pruebas, la jurisprudencia dominante, incluso a falta de una norma específica, se orienta en el sentido de señalar como momento límite el del comienzo del juicio oral.

— *El juicio oral.* Pero a las partes les corresponde algo más que la indicación del material utilizable para la decisión. En efecto, acusación y defensa son los protagonistas de la fase de formación de la prueba. Esta fase tiene una detallada disciplina en el código, en particular por lo que se refiere a las pruebas orales (de testigos, peritos, imputado por delitos conexo, imputados). La parte que las ha propuesto procede al examen directo. A continuación las demás partes pueden formular preguntas. Después de éstas la parte proponente puede, a su vez, repreguntar. El interrogatorio debe consistir en preguntas sobre hechos específicos; están prohibidas las preguntas «nocivas», es decir las que puedan perjudicar a la sinceridad de las respuestas; están además prohibidas, pero sólo en el examen directo, las preguntas «sugestivas», es decir, dirigidas a inducir las respuestas.

Una regulación semejante, en la que las técnicas de examen y contraexamen (la llamada *cross examination*) juegan un papel importantísimo en la formación de la prueba, habría merecido mayor atención de parte de los operadores. Sin embargo, salvo raras excepciones, ha faltado —tanto en los abogados como en los fiscales— la formación de una

cultura y de una técnica del examen contradictorio, de la misma forma que han faltado posibilidades de formación en la técnica del interrogatorio cruzado. Esta «pereza» cultural de los operadores es seguramente una de las causas de la crisis del nuevo proceso: en efecto, una mala conducción del interrogatorio cruzado, no sólo impide captar las ventajas del procedimiento contradictorio como método de formación de la prueba, sino que, además, acentúa los inconvenientes.

— *El papel del juez.* En la formación del material utilizable para la decisión, el código prevé, no obstante, también una participación del juez: el presidente del tribunal (incluso a petición de alguno de sus componentes) puede formular preguntas a testigos, peritos y asesores ya interrogados. La intervención del juez hace entrar de nuevo en el juego a las partes, que tienen derecho a ser ellas quienes concluyan el interrogatorio (art. 506).

Además, el juez puede disponer, al final del trámite de instrucción para el juicio, la asunción de nuevos medios de prueba «si resulta absolutamente necesario» (art. 507). La interpretación de esta norma, y en particular el señalamiento de los límites del poder de integración probatoria por parte del juez, ha sido objeto de amplio debate en la doctrina y en la jurisprudencia, debate que ha terminado por extenderse a los nudos fundamentales del modelo procesal introducido en 1989. El carácter necesariamente sintético de este trabajo no permite profundizar en los términos de ese debate e impone una esquematización de las distintas posiciones.

La mayor parte de la doctrina se ha mostrado desde el principio favorable a una interpretación restrictiva de la norma, con acentuación del elemento de la «absoluta necesidad» de la adquisición de nuevas pruebas a los fines de la decisión. En este sentido era clarísima la exposición de motivos del código. Esta es la línea sobre la que se ha movido en una primera fase la jurisprudencia de casación, que, por ejemplo, ha excluido en algunas sentencias la posibilidad de que el juez pudiera disponer la adquisición de las pruebas indicadas fuera de término por las partes. Tal interpretación tenía apoyo, no sólo en el dato literal y en los trabajos preparatorios, sino también en una lectura sistemática de nuevo proceso, en el que la formación de la prueba está confiada íntegramente a las partes en trámite contradictorio y el juez tiene un papel neutral: de la regla del derecho a la prueba de las partes procesales, se extrae como corolario una regla de «disponibilidad» de la prueba por las partes del proceso.

Esta interpretación ha suscitado fuertes objeciones de carácter constitucional. Un principio de disponibilidad de la prueba comporta necesariamente también la disponibilidad del objeto del proceso, lo que entra en colisión con el principio de obligatoriedad de la acción penal. En un plano más general, se añade, una acentuación de la neutralidad del juez determina una inadmisibles «indiferencia» por el resultado del proceso, que de este modo pasa de ser instrumento de determinación de la «verdad» a convertirse en un juego de habilidad en el que vence no quien tiene razón, sino el que juega mejor.

Es claro que detrás de cada una de tales posiciones en la materia hay una cultura diversa —o, si se

quiere, una diversa ideología— del proceso penal. Y no es una casualidad que sobre esta norma se hayan producido, casi al mismo tiempo, dos pronunciamientos, uno de las secciones unidas de la Corte de casación y una de la Corte constitucional, que aunque indicando una línea interpretativa sustancialmente común, evidencian, en el curso de la argumentación, una marcada diferencia cultural. En efecto, las secciones unidas, si bien optan por una interpretación de la norma más extensiva que la originaria (previendo, por ejemplo, la posibilidad de admisión de pruebas cuando haya decaído el derecho de las partes) han demostrado adhesión al principio de imparcialidad del juez, esforzándose en señalar los límites del poder de integración probatoria. En particular, la Corte ha aclarado que la integración probatoria puede ser utilizada sólo para completar el cuadro probatorio dentro de las hipótesis formuladas por las partes y ha excluido que el juez pueda perseguir con este instrumento «una hipótesis reconstructiva propia» (Casación, secciones unidas, 6 de noviembre de 1992, Martín).

La Corte constitucional (sentencia 111/1993, de 26 de marzo), en cambio, no obstante haber llegado a conclusiones análogas, ha seguido una línea argumentativa en la que se evidencia un fuerte prejuicio cultural frente al modelo procesal de tipo acusatorio. Tal decisión, por lo demás, guarda relación con otras de las que se hablará enseguida y con las que la Corte, de hecho, ha transformado el proceso penal de 1889.

— *Lecturas. Utilizabilidad de las investigaciones preliminares en el sistema originario.* Ya se ha dicho que en el modelo originario la (tendencial) inutilizabilidad de los materiales recogidos en la fase preliminar, era una regla fundamental. Obviamente, esta regla valía de manera particular para las pruebas llamadas orales (declaraciones testificales, interrogatorios), para las que el código preveía una detallada disciplina de las excepciones posibles, con una graduación del grado de utilizabilidad.

La primera excepción, totalmente razonable, era la contenida en el artículo 512, que preveía la posibilidad de dar lectura (y de usar para la decisión) las actuaciones del ministerio público cuando «por hechos o circunstancias imprevisibles, se hubiera hecho imposible la repetición». Ninguna posibilidad de utilizar los atestados de la policía judicial, ni las actuaciones del fiscal cuando hubiera podido preverse la imposibilidad de repetición, puesto que en este caso el fiscal debería haber instado el incidente probatorio.

La segunda excepción hacía referencia a la declaración prestada por los testigos en la fase preliminar (art. 500). Podía darse lectura de tales declaraciones sólo para contrastar, en todo o en parte, la deposición efectuada en el juicio oral. La lectura con ese fin hacía posible la incorporación de aquéllas a los autos del juicio oral, si bien las declaraciones prestadas en la fase preliminar sólo podían ser utilizadas para evaluar la credibilidad del testimonio, pero no como prueba.

La tercera excepción tenía que ver con las declaraciones del imputado en la fase preliminar (arts. 503 y 513): era posible dar lectura de tales declaraciones para oponer su contenido al de la declara-

ración prestada en el acto del juicio. En este caso, cuando las declaraciones se habían prestado ante la policía judicial, sólo podían utilizarse para valorar la credibilidad, mientras que las declaraciones prestadas ante el fiscal o el juez de las investigaciones preliminares se incorporaban a los autos del juicio y podían ser utilizadas para la decisión. La misma previsión regía para las declaraciones del imputado contumaz, ausente o que se negase a responder, prestadas ante el fiscal o el juez de las investigaciones preliminares. Diverso era el tratamiento de las declaraciones de imputados en un proceso conexo o vinculado. El código prevé que estas personas presten declaración asistidas por su defensor y puedan hacer uso de la facultad de no responder (art. 210). En el artículo 513 estaba prevista la posibilidad de leer y utilizar las declaraciones de los imputados en un procedimiento conexo, sólo en el caso de que fuera imposible lograr su presencia.

Finalmente, la posibilidad de unir por testimonio las pruebas de otros procedimientos, estaba sujeta a una disciplina muy rigurosa (art. 238): en el caso de un proceso penal, la incorporación sólo era posible de mediar el consenso de las partes y sólo de las pruebas practicadas en el juicio o en incidente probatorio. Tratándose de un proceso civil, la incorporación sólo estaba permitida cuando hubiera recaído sentencia firme. De la documentación de pruebas no utilizables, tratándose de actuaciones del fiscal, podía hacerse uso para contrastar la declaración del juicio.

Nada de toda esta disciplina sigue en pie, como veremos, tras las intervenciones de la Corte constitucional y del legislador de junio de 1992.

5. LA LIBERTAD PERSONAL

En el plano teórico, puede decirse que una de las mayores conquistas de cultura jurídica del legislador de 1988 es un sistema cautelar dotado de las mayores garantías, de acuerdo con la disciplina constitucional. La introducción de la exigencia de rígidos presupuestos (graves indicios de culpabilidad y exigencias cautelares) necesarios para la adopción de cualquier medida cautelar, junto a la previsión de criterios de valoración en la elección de la medida (proporcionalidad y adecuación), tendrían que haber asegurado una aplicación excepcional de las medidas cautelares personales, desde el presupuesto de que la privación al imputado de su libertad personal antes de la sentencia definitiva de condena —conforme al fundamental principio de presunción de no culpabilidad— debe ser considerada *extrema ratio* en el ámbito de un sistema que preve una graduación de medidas, tanto personales como interdictivas, que permitan obtener la salvaguardia de los intereses procesales sin el sacrificio de la libertad personal del imputado.

El legislador había optado por una indicación analítica de los presupuestos y los criterios para la aplicación de las medidas. De éstos, el principal era la existencia de graves indicios de culpabilidad (en la anterior disciplina bastaba con que fueran «suficientes»).

También debía ser cuidadosa la reconstrucción

del presupuesto de las exigencias cautelares. Colmando el llamado vacío de fines típico del sistema fascista y de la política de la emergencia de los años setenta —donde la prisión preventiva se asociaba automáticamente a algunos títulos de delito, con independencia de la finalidad procesal o extraprocesal de la restricción— el legislador ha querido indicar y describir con detalle las exigencias que legitiman la privación de libertad del imputado. Esto habría debido poner fin a los mecanismos autoritarios e inconstitucionales que convertían en regla la privación de libertad *ante iudicium*, al menos para algunas categorías de delitos. Tres eran las exigencias cautelares previstas por el legislador. No obstante, mientras las dos primeras —peligro de contaminación de las pruebas y peligro de fuga— no plantearon problemas de inserción en el sistema, la necesidad de introducir una tercera exigencia cautelar de naturaleza extraprocesal fue objeto de un debate encendido; por las dudas de constitucionalidad en relación con la presunción de no culpabilidad, que una medida dirigida a tutelar intereses diversos de los estrictamente relativos al proceso podía suscitar en los juristas más atentos. A pesar de las legítimas dudas de constitucionalidad —por lo demás, varias veces superadas por la Corte constitucional— prevaleció al fin el criterio de quienes consideraban imprescindible la introducción de una norma que tutelase a la colectividad y la seguridad pública frente al peligro concreto de reiteración de conductas criminales por parte del imputado; esta orientación ha llevado a la disposición del art. 274 c), en torno a la cual continúan suscitándose problemas de compatibilidad con la Constitución, especialmente con referencia a la parte de la norma que prevé la posibilidad de aplicar medidas cuando exista peligro de que el sometido a investigación cometa otros delitos del mismo título de aquellos por los que se procede.

Cuando se trata de los criterios de selección de las medidas aplicables, también el legislador ha querido ser analítico, casi didáctico. En la elección de la medida el juez debe tener en cuenta (art. 275) la «idoneidad específica de cada una en relación con la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares que en concreto debe satisfacer» (principio de adecuación). «Toda medida debe ser proporcionada a la entidad del hecho y a la sanción que se entiende debe imponerse» (principio de proporcionalidad). Y, en fin, «la prisión provisional sólo puede acordarse cuando resulte inadecuada cualquier otra medida» (de nuevo el principio de adecuación, específicamente referido al carácter de *extrema ratio* de la prisión provisional). También en esta materia se ha registrado, por desgracia, en el curso de pocos años, un fuerte retroceso. Más adelante veremos como la emergencia, una vez más, ha dejado de lado principios que habían sido solemnemente enunciados.

Por lo que se refiere al procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares coercitivas, el esfuerzo el legislador se ha esforzado en crear un mecanismo que garantizase la jurisdiccionalidad de la decisión, atribuyendo al juez de las investigaciones preliminares el poder de aplicar, a petición del fiscal, las medidas cautelares. Todas las decisiones en materia de libertad personal son después recurri-

bles, primero, ante el tribunal y, después, en casa-ción. La decisión del tribunal, además, debe producirse, so pena de extinción de la medida, en el término máximo de diez días.

6. EL IMPACTO DE LA REFORMA

Se ha dicho antes (apartado 2) que en seis años de vida el código procesal penal ha sufrido radicales transformaciones. Se ha tratado de una «contrarreforma» verdadera y propia, que ha afectado a puntos neurálgicos del sistema introducido por el legislador de 1989. El curso normativo-jurisprudencial que ha llevado a tales transformaciones merece particular atención, en cuanto engloba aspectos fundamentales de la historia de la jurisdicción en Italia.

6.1. Las razones de la crisis del proceso penal. Hipertrofia del sistema penal

No obstante la larga fase de gestación de la reforma, el encuentro del nuevo código con la realidad no ha sido fácil. En efecto, seis años de experiencia en su aplicación han puesto de manifiesto notables dificultades de realización de los objetivos del nuevo proceso, tanto en el plano de los valores garantistas que le inspiran como en el de la eficiencia operativa. Las causas de esta dificultad son numerosas.

Una de las principales razones de la crisis del nuevo proceso es seguramente la representada por la hipertrofia del derecho penal italiano. Además de los 734 artículos del código penal, está en vigor en Italia una multitud de leyes especiales que castigan los más variados comportamientos, a menudo con penas irrisorias. Sobre todo en los últimos tres decenios, se ha asistido en el país a una impresionante proliferación de normas incriminadoras. Hasta tal punto que la Corte constitucional, en su sentencia 364/1988, de 24 de marzo, debió hacerse cargo de la imposibilidad objetiva de conocer el sistema penal en su totalidad, declarando la inconstitucionalidad de la norma (art. 5 del código penal) que excluía la posibilidad de invocar como excusa la «ignorancia inevitable» de ésta es causa de justificación. Una sentencia que, como Luigi Ferrajoli ha puesto expresivamente de manifiesto, equivale a la declaración de quiebra del sistema penal.

A menudo, los tipos penales se prestan a controversias interpretativas que se arrastran por los tres grados de la jurisdicción, de los que, por lo demás, las personas condenadas hacen un uso generalizado, para retrasar la ejecución de la pena o como sucede con casi todos los delitos contravencionales, para provocar la prescripción de la infracción. Así sucede que el aparato judicial permanece aprisionado bajo la mole de procesos que acaban en nada o en la aplicación de penas puramente simbólicas, sin ninguna eficacia disuasoria de los comportamientos ilícitos.

En el rigor del viejo código el problema de la hipertrofia del derecho penal se había *resuelto* gracias a la dilatación de la fase instructora y al periódico recurso a los expedientes de clemencia. De hecho, la

mayor parte de los procedimientos quedaba simplemente aparcada en espera de las inevitables amnistías, producidas regularmente cada cuatro o cinco años.

Esta situación ha determinado una grave crisis del principio de efectividad del sistema penal y de la función general preventiva de la pena.

Paradójicamente, es la propia inefectividad del sistema penal lo que ha favorecido su anómala expansión: la quiebra del principio según el cual a toda violación sigue, al menos como regla, una sanción, ha inducido a la clase dirigente italiana (por lo demás corrupta y clientelar) a transferir al sistema penal una multitud de microviolaciones. De este modo, la obligación de asegurar el respeto de la legalidad en amplios sectores de la vida social se ha desplazado al orden judicial, pero, al mismo tiempo, la incorregible ineficacia del sistema ha permitido asegurar a dilatados estratos sociales que vivían en la ilegalidad una sustancial impunidad. Son emblemáticas al respecto, las vicisitudes del las ilegalidades en materia de construcción y la evasión fiscal. Para ambos tipos de conductas están previstas severas sanciones penales. Sin embargo, las dos clases de delincuencia aludidas son los males más generalizados en Italia, mientras condonaciones y amnistías han permitido siempre a los constructores sin escrúpulos y a los evasores fiscales salirse con la suya.

A todo esto debe añadirse, sobre todo en la última fase de crisis de legitimación de la clase política italiana, la creciente difusión del uso simbólico del derecho penal. La cada vez más evidente incapacidad de resolver los problemas del país, ha llevado a la clase política a utilizar de manera demagógica el instrumento de la sanción penal. La difusión del consumo de estupefacientes, los incendios forestales veraniegos, la violencia en los estadios, para todos los problemas, la única respuesta es la exasperación de las penas y la creación de nuevas figuras de delito.

La sustancial inefectividad de la pena, se veía por otra parte compensada con el uso masivo y generalizado de la prisión provisional contra la criminalidad organizada y la microcriminalidad difusa.

Con excesivo optimismo, el legislador de 1989 quiso ver en el recurso masivo a los «procedimientos alternativos» —en particular a la negociación y al juicio abreviado— la solución al problema de la sobrecarga de los órganos judiciales. En efecto, en los trabajos preparatorios se lee que el buen funcionamiento del proceso habría estado asegurado mediante la resolución del 80 o el 90 por ciento de los procesos por el cauce de los procedimientos alternativos. Sin embargo, la práctica ha desmentido de manera clamorosa esa previsión, llegando incluso a invertirla: el porcentaje de los procesos así tratados no ha superado el 20 por ciento.

Pero la fijación por el nuevo código de términos rigurosos para la conclusión de la fase de las investigaciones preliminares y la promesa solemne del legislador de no hacer uso de los expedientes de clemencia —que se concretó en una reforma de la Constitución por la que se requiere una mayoría de dos tercios para la aprobación de leyes de amnistía— ha impedido el recurso a los métodos empleados durante la vigencia del viejo código.

La imposibilidad sobrevenida de guardar *en el armario* la gran mayoría de los autos ha hecho explotar el problema: un número enorme de procedimientos ha desembocado en la fase del juicio, retrasando sobremanera el momento de su celebración. Hoy, en la Pretura de Roma, las investigaciones se concluyen en el tiempo de seis meses, previsto por el código, pero la vista pública no podrá iniciarse antes de tres años, a causa de la sobrecarga que pesa sobre los órganos de enjuiciamiento.

Es evidente que un retraso de dimensiones semejantes no puede dejar de incidir sobre el buen funcionamiento de un proceso tendencialmente «oral», en el que el carácter inmediato del juicio es condición esencial e irrenunciable.

La inspiración «garantista» del nuevo proceso había inducido además al legislador a limitar drásticamente el uso de la prisión provisional (*carcerazione preventiva*) —rebautizada como «*custodia cautelare*»— y a fijar como regla la de la libertad del acusado durante el proceso (véase lo que se ha dicho antes).

Pero, he aquí que al dejar de producirse la *compensación* derivada de la generalizada aplicación de la prisión provisional, ha emergido con toda su fuerza el problema de la ineficacia de la sanción penal.

Tales resultados no eran imprevisibles y, en efecto, habían sido anticipados por cuantos invocaban e invocan la necesidad de una inmediata y radical reforma del derecho penal sustancial.

Pero la clase dirigente italiana, cuya crisis de legitimación se inició precisamente en los primeros años de aplicación del código, no tenía ni la fuerza ni la capacidad de emprender reformas *de estructura* y ha preferido incidir en el planteamiento del nuevo proceso, introduciendo modificaciones radicales en materia de formación de la prueba y de prisión provisional.

Y así es como el legislador, ante la dificultad de reducir los tiempos del enjuiciamiento para hacer efectivo el principio de oralidad y de la formación contradictoria de la prueba con intervención de las partes, no ha encontrado nada mejor que hacer que eliminar tales principios, reconociendo pleno valor probatorio a las adquisiciones de la fase preliminar, y reformar íntegramente el instituto de la prisión provisional, restableciendo de hecho la regla de la privación de libertad del acusado durante el proceso.

6.2. El papel de la magistratura y de la Corte constitucional

En la *contrarreforma* del proceso penal, la magistratura y la Corte constitucional han desempeñado un papel determinante.

Hay que decir de inmediato que antes de la entrada en vigor del código la mayoría de la magistratura italiana no se había mostrado particularmente favorable a la reforma. Sólo Magistratura Democrática había participado activamente en el debate sobre la misma y manifestado una adhesión explícita al modelo procesal que se estaba proyectando. Aun cuando, con la perspectiva *ex post*, pueda, quizá, decirse que tal adhesión era más bien la de algunos dirigentes (algunos de los cuales habían participado

directamente en la elaboración del código) que de la asociación en su conjunto. El hecho es que, poco después de la entrada en vigor del nuevo proceso, se formó casi espontáneamente un movimiento de magistrados, de extracción cultural diversa, en torno a una política bien definida: la restauración del sistema procesal antes vigente.

Al mismo tiempo, se ha asistido a un singular fenómeno de *huida de la interpretación*. Tal vez por pereza intelectual, por miedo a lo nuevo, o por hostilidad cultural a la reforma, lo cierto es que la magistratura italiana no sólo no se esforzó, en la actividad cotidiana de interpretación y aplicación, en hacer efectiva la reforma, sino que inició una verdadera y propia acción de boicoteo. Un ejemplo puede ser suficientemente explicativo.

Gran parte de la legislación italiana vigente procede de la época anterior a la entrada en vigor de la Constitución, y buena parte de ella, a comenzar por el código penal, se debe al período fascista. No obstante esto, el recurso a la Corte constitucional por parte de los jueces italianos para denunciar la contradicción de las normas con la Constitución no ha sido nunca muy frecuente, hasta el punto de que seguramente están vigentes todavía normas en contraste con aquélla, como los delitos de sospecha y muchos delitos de opinión. Pues bien, después de la entrada en vigor del nuevo código procesal se inició una serie impresionante de denuncias de ilegitimidad constitucional de las nuevas normas. Podría decirse que no hay norma del nuevo proceso que no haya sido objeto de sospecha de violación de la Constitución. La gran mayoría de los recursos carecía claramente de fundamento, puesto que casi todos los problemas suscitados podían tener solución por vía interpretativa. Pero el hecho de que, frente a diversas posibles interpretaciones, los jueces eligieran siempre la más irracional y se dirigieran a la Corte en solicitud de declaración de la ilegitimidad de la norma, es sintomático de una actitud cultural negativa frente a la reforma.

Y, en efecto, es la Corte constitucional la que dió comienzo al proceso de *contrarreforma* del nuevo código.

6.3. Anamorfosis del proceso acusatorio

Vayamos al análisis de la *contrarreforma*.

6.3.1 Las decisiones de la Corte constitucional

— *Deposición indirecta de oficiales y agentes de policía judicial*. Comienza la Corte con una sentencia aparentemente marginal (la n.º 24/1992, de 31 de enero), pero que en realidad es la palanca con la que, después, poco a poco, se han ido removiendo los principios fundamentales del nuevo proceso. Con el artículo 195,4.º del código procesal penal el legislador había introducido, para los oficiales y agentes de policía, la prohibición de deponer sobre las declaraciones obtenidas de testigo en el curso de las investigaciones preliminares. Norma completamente racional, en tanto que dirigida a evitar arti-

ficiosas evasiones de la regla de inutilizabilidad del material recogido en la fase preliminar y perfectamente coherente con la que prohíbe al fiscal asumir la condición de testigo. Pues bien, la Corte, entendiendo que con esta norma se habría introducido una «injustificada disparidad de trato» entre policía judicial y ciudadano común, la declaró inconstitucional por violación del principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución). Fue, es evidente, el primer paso hacia la demolición de la regla de la formación de la prueba en el juicio: los atestados de las declaraciones prestadas ante la policía judicial y al fiscal en la fase preliminar no son utilizables para la decisión, pero, con la intervención de la Corte, las declaraciones prestadas ante la policía pueden entrar a formar parte del material utilizable a través del mecanismo del testimonio indirecto.

— *Lectura de las declaraciones prestadas en las investigaciones preliminares (arts. 500 y 513)*. De nuevo la Corte constitucional. Con dos sentencias (las de n.º 254 y 255 del 3 de junio de 1992) declaró no conformes a la Constitución en cuanto «irrazonables» la norma que no permitía utilizar para la decisión los atestados de las declaraciones prestadas por testigos en la fase preliminar y utilizadas para contrastar la credibilidad de las prestadas en el juicio y la norma que no permitía utilizar para la decisión las declaraciones prestadas en la fase preliminar por el imputado de delito conexo que en el juicio hiciese uso del derecho a no responder. En ambas sentencias, el *iter* argumentativo de la Corte resulta muy discutible: con gran desenvoltura, incluso conceptual, la Corte afirma que es función del proceso la averiguación de la verdad y que las normas que limitan el «saber» del juez son «irrazonables» y, por tanto, no conformes con la Constitución. La doctrina ha criticado duramente tales decisiones. Con ellas, se ha dicho, la Corte da la espalda a un debate doctrinal de años sobre la función del proceso y sobre la «verdad» y, en sustancia, ha *constitucionalizado* un modelo procesal de tipo inquisitivo. Además, ha suscitado fuertes críticas el recurso al parámetro de la «racionalidad»: hasta ese momento la Corte había recurrido a él sólo como clave de lectura del principio de igualdad (art. 3 de la Constitución) para censurar normas que introducían «irrazonables» disparidades de tratamiento. Por vez primera tal parámetro resulta utilizado de modo *absoluto*, es decir, desvinculado de la valoración en orden a las consecuencias de una norma, en términos de negación o reducción de derechos. De este modo, el parámetro constitucional se hace vago, evanescente, difícilmente inscribible en una norma o en un principio constitucional. En efecto, la «racionalidad» tiene más que ver con la esfera de la oportunidad política que con la de la validez constitucional de una ley.

6.3.2. *El decreto-ley de junio de 1992*

Inmediatamente después de las sentencias de la Corte, intervino el gobierno con el decreto-ley 306/1992, de 8 de junio.

Son momentos inmediatamente posteriores al gravísimo atentado mafioso que costó la vida a Giovanni Falcone, magistrado símbolo de la lucha con-

tra la mafia, a su mujer y a tres hombres de su escolta. El país estaba profundamente conmocionado. La coalición de gobierno salía derrotada de las elecciones de abril, es el inicio de una grave crisis de legitimación, que explotará enseguida con la implicación de sus más autorizados exponentes en las investigaciones de corrupción.

En este contexto se produce la enésima «vuelta de tuerca» en materia procesal: la única respuesta que la clase política es capaz de dar a la violencia mafiosa es, una vez más, un giro de cariz emergencial con una contracción de las garantías del proceso penal.

— *Autos de otros procedimientos (art. 238)*. La regla de la imposibilidad de utilizar actuaciones de otros procedimientos resulta invertida: es posible incorporar la documentación de la prueba practicada en otros procedimientos, si hubiera sido obtenida en un incidente probatorio o en el juicio oral. Mediando el consenso de las partes, puede llevarse a la causa testimonio de las declaraciones prestadas en el curso de las investigaciones preliminares de otros procedimientos. De este modo, el juicio contradictorio queda reducido a pura forma: el hecho de que una prueba haya sido obtenida contradictoriamente basta para hacerla transferible a otra causa, sin que importe quienes fueron las partes de aquel juicio y si la parte frente a la que se pretende utilizar dicha prueba había participado en él. Con la excepción de los procesos de mafia (véase más adelante) sigue en pie, no obstante, el derecho de las partes a pedir el interrogatorio de la persona de cuyas declaraciones se trate.

La autorización a utilizar —con el consenso de las partes— el testimonio de las investigaciones preliminares de otros procedimientos es del todo irracional si se piensa que no son utilizables, ni siquiera con el consenso de las partes, los autos de las investigaciones preliminares del mismo procedimiento.

— *Doble vía para los procesos de mafia (términos; derecho a la prueba)*. Las disposiciones más relevantes de la reforma de junio de 1992, tienen que ver, no obstante, sólo con los procesos de mafia, para los que se ha consagrado un auténtico régimen procesal diferenciado (la llamada doble vía). En efecto, las investigaciones preliminares por los delitos de mafia podrán durar hasta dos años y no deberá hacerse ninguna notificación de la prórroga al investigado. Además, queda sin efecto (art. 190 bis) el derecho a interrogar a los testigos o a los imputados por delito conexo cuyas declaraciones —prestadas en un incidente probatorio o en otro procedimiento— hayan sido obtenidas en el juicio oral. Se trata de una modificación de ruptura, en cuando la inmensa mayoría de los procesos por delitos de mafia se funda casi exclusivamente en declaraciones de los colaboradores de la justicia (los llamados *pentiti*), que adquieren necesariamente la condición de imputados por delito conexo. Por consiguiente, en estos procesos, la prueba oral y el juicio contradictorio prácticamente desaparecen y a la defensa le queda únicamente el derecho a contrainterrogar a los testigos de la acusación, es decir, el único instrumento para una defensa efectiva en procesos en

los que la prueba se apoya casi exclusivamente en la credibilidad del colaborador.

— *Prisión provisional.* También la intervención del legislador de 1992 en el tema de la prisión provisional ha comportado rupturas. A través de la modificación del artículo 275, se ha introducido, para algunas categorías de delitos, un verdadero y propio sistema cautelar: la regla de la *extrema ratio* se ha visto invertida y para los imputados de estos delitos «se aplica la prisión provisional, salvo que aparezcan elementos de los que resulte la inexistencia de exigencias cautelares». Así, pues, para no aplicar la prisión provisional es necesaria la prueba positiva de la ausencia de exigencias cautelares, y se sustrae al juez toda valoración de la proporcionalidad y la adecuación, valoración efectuada con carácter general y abstracto por el legislador. Esta norma ha sido modificada posteriormente, en agosto de 1995, limitando la *cuasi obligatoriedad* de la prisión provisional a los delitos de mafia.

— *Informaciones falsas al fiscal (art. 371 bis).* El derecho penal sustancial se ha visto afectado por una ulterior reforma, con la introducción de un delito de informaciones falsas al ministerio público. En efecto, definiendo como persona informada sobre los hechos, y no como testigo, al llamado a prestar declaración ante el fiscal, el legislador había querido privar de relevancia penal al comportamiento de quien hiciera declaraciones falsas al ministerio público, puesto que el código penal, no modificado en este punto, sólo preveía el delito de falso testimonio. Los motivos de la opción del legislador de 1988 eran muy claros y se encuentran bien explicitados en los trabajos preparatorios. En el plano teórico se observaba que la norma penal sobre el falso testimonio responde al propósito de tutelar la genuinidad de la prueba; la formación de ésta se produce exclusivamente en la fase del juicio, mientras las actividades del fiscal tienen una finalidad exclusivamente investigadora; para la protección de las investigaciones el código penal prevé el delito de encubrimiento (*favoreggiamento*), que se comete por el que «ayuda a alguien a eludir las investigaciones», hipótesis que puede producirse también con con declaraciones falsas o reticentes. De este modo, las declaraciones falsas o reticentes en la fase de las investigaciones preliminares sólo habrían tenido relevancia penal de haber resultado aptas para atentar contra la investigación, mientras, en caso contrario, la falsedad de las declaraciones sólo habría sido relevante si la persona, una vez adquirida la condición de testigo, hubiera repetido las declaraciones falsas, atentando así a la genuinidad en la formación de la prueba. En el plano práctico, en cambio, se había considerado que la amenaza de la sanción penal en caso de declaraciones falsas al fiscal podría, paradójicamente, transformarse en un factor de riesgo para la genuina formación de la prueba. El ordenamiento italiano prevé la extinción del delito de falso testimonio en el caso de retractación. El hecho de que el testigo, en el momento de prestar declaración en el juicio, estuviera ya sometido a la amenaza de la sanción penal por las declaraciones prestadas ante el fiscal y con la posibilidad de extinguir el delito modificando su propia versión, podía entonces convertirse en un riesgo para la genuinidad de la declaración.

Sin embargo, estas razones han sido muy pronto completamente olvidadas. De diversas procedencias, y en particular de la magistratura, se han alzado voces con la exigencia de disponer una sanción penal para la hipótesis de prestación de declaraciones falsas ante el ministerio público, incluso alegando, no se sabe si por ignorancia o por mala fe, como laguna legal la ausencia de un tipo penal. Con puntualidad, el legislador de junio de 1992 ha acogido tales solicitudes, introduciendo en el código penal un artículo 371 bis, con el que se prevé el delito de informaciones falsas al ministerio público. Los primeros casos de aplicación de la norma han puesto en evidencia numerosos riesgos, en particular por la fuerte presión que la misma permite ejercer —incluso involuntariamente y de buena fe— sobre las personas a quienes se oye en declaración; sobre todo en los casos en los que, según una interpretación, ciertamente ligera, de las normas relativas a la detención en flagrancia, el declarante ha sido esposado y trasladado a la cárcel para ser más tarde oído de nuevo en circunstancias menos confortables.

7. CONCLUSION

Esta es la situación en junio de 1996. Del proceso penal de 1989 queda ya bien poco. Después de la destrucción de aquel modelo, la doctrina se pregunta por las actuaciones posibles. Es unánime la opinión de que el sistema procesal alumbrado por las intervenciones de la Corte constitucional y por el legislador de 1992 es por completo desequilibrado e incoherente; e incluso los enemigos del código de 1989 concuerdan en la necesidad de una mejor regulación de los mecanismos de adquisición de la prueba. No cabe aquí dar cuenta analíticamente de las diversas propuestas de modificación en este campo. Sólo se puede decir que la mayor parte de la doctrina parece orientarse hacia un modelo en el que resulte asegurada la formación contradictoria de la prueba, pero con anticipación del momento de su formación a la fase de las investigaciones preliminares. En efecto, se hace notar que la principal dificultad viene dada por el vínculo derivado de las decisiones de la Corte constitucional, decisiones que, en teoría, no permiten la recuperación de las normas declaradas no conformes con la Constitución. De ahí la propuesta de anticipar la formación de la prueba en régimen contradictorio a la fase de las investigaciones preliminares mediante la extensión del instituto del incidente probatorio. De este modo, se dice, las objeciones de la Corte sobre la «dispersión del saber» quedarían superadas, mientras sería posible recuperar la participación de la defensa en la formación de la prueba. Es cierto, no obstante, que tal sistema implicaría una renuncia a la oralidad y a la intermediación que también se consideran elementos esenciales del justo proceso.

En todo caso, la recuperación de un proceso garantizado no podrá no ser acompañada de una seria y radical reforma del derecho penal sustancial. La esperanza es que la nueva coalición de centro-izquierda, ganadora de las elecciones de abril de 1996, pueda llevar a una recuperación de la racionalidad en la intervención reformadora.

(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)