

Los desafíos de la justicia penal en la experiencia italiana actual

Renzo Orlandi*

*Colaborador con la
Revista de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: 1.- Premisa. 2.- Desafío “político”. 3.- Desafíos a la configuración represiva tradicional de la justicia penal (desafío jurídico-cultural). 4.- Desafío tecnológico.

* Docente en la Universidad de Bolonia - Italia

1.- PREMISA

El desafío implica la conciencia de un obstáculo y la voluntad de superarlo. Al ser un desafío al sistema penal, la conciencia del obstáculo depende de muchas variantes, vinculadas a las formas de expresar la soberanía política, las costumbres culturales, la criminalidad para contrarrestar y reprimir, la actualización de las normas penales y de procedimiento, la prácticas correspondientes, organización y eficiencia o ineficiencia de la justicia penal y más.

Los desafíos de mi relación se reflejan principalmente en la realidad italiana actual. Sin embargo, es un tema extensible en gran medida a otras realidades europeas, y puede proporcionar ideas útiles tanto para los profesionales como para los académicos peruanos.

Desde varias décadas, la justicia penal de los países occidentales vive - se puede decir - en un estado de crisis permanente. No es una excepción a Italia, cuya codificación ha sufrido numerosas y profundas modificaciones de distinto signo en los últimos sesenta años: garantizado o riguroso, según la urgencia del momento, de acuerdo con el estado de ánimo de la opinión pública y las fluctuantes crisis de confianza en el magistrado criminal. Esto es especialmente cierto en el derecho procesal, al que prestaré especial atención aquí.

El primer desafío para la Italia democrática, hace unos 70 años, después de la caída del fascismo, implicó la aplicación de la defensa durante todo el proceso penal, incluidas las fases policiales de investigación, la fiscalía y el juez de instrucción.

En ese momento eran de gran importancia las intervenciones de la corte constitucional italiana, que pretendían corregir los aspectos autoritarios y antidemocráticos del derecho penal fascista.

Las primeras reformas de garantía fueron seguidas de años de rigor de emergencia, justificadas primero por episodios de terrorismo político (décadas de los setenta) y luego por la violencia de la mafia, que había estado tomando el modo terrorista, con el asesinato de políticos, magistrados y policías (décadas de los ochenta).

En 1988, se inició una reforma radical del juicio penal, con la intención de introducir un sistema adversarial vagamente inspirado en el modelo angloamericano. Fue abolido el juez instructor, símbolo de la inquisición. La investigación penal fue confiada al fiscal, una autoridad independiente del ejecutivo por la voluntad expresa de nuestro constituyente italiano. El juicio ante un tercer juez imparcial debía convertirse en el centro de la evaluación de la responsabilidad penal. Normalmente, los actos de investigación de la policía y del fiscal no podían ser utilizados para condenar al acusado.

De hecho, la reforma ha experimentado de inmediato dificultades de aplicación, también por la contrariedad manifestada abiertamente por muchos magistrados que no dudaron en levantar excepciones de constitucionalidad contra sus partes más favorable a la defensa del acusado.

A principios de los años 90, algunos episodios serios de mafia terrorista y el descubrimiento de la corrupción política extensa (proceso de Manos limpias) crearon el clima conveniente para una involución inquisitiva del orden procesal italiano. Esto condujo a fuertes tensiones entre defensa y poder judicial y, luego, entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento: Tensiones que llevaron a una importante revisión de la Constitución, que en 1999 estableció los principios de “procedimientos penales justos”, Según la cual el acusado no podía ser condenado sino sobre la base de pruebas verificadas en el juicio, en la contradicción entre las partes¹.

Con respecto a la situación actual y la perspectiva evolutiva del sistema penal (no sólo italiano), hay muchos temas de reflexión: Elijo tres de ellos, que corresponden a fenómenos notables que afectan la administración de la justicia penal en la Italia contemporánea.

1 Para una ilustración más detallada del itinerario atormentado de la reforma procesal penal italiana de las últimas décadas por favor refiérase a R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 93, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana* a cura di D. NEGRI – M. PIFFERI, ed. Giuffrè, Milano 2011, 51-83. El guión fue traducido al portugués *Direitos individuais e processo penal na Itália repubblicana*, in *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*, a cura di J. DE MIRANDA COUTINHO, L. COSTA DE PAULA, M. A. NUNES DA SILVEIRA, Empório do direito, Florianópolis 2016, 15-55.

Ellos se refieren a:

- a. La diferente posición del Estado en el contexto europeo con repercusiones inevitables en las opciones de política penal, que se convierte en una expresión de soberanía no sólo estatal;
- b. La necesidad de luchar eficazmente contra las formas de delincuencia organizada y terrorista incluso con herramientas distintas de la represión, es decir, a través de la prevención *ante delictum*;
- c. La existencia de nuevas tecnologías - especialmente las del Information Technology (IT) - que, al crear las condiciones para el uso de nuevas técnicas de investigación, plantean el problema de afirmar y proteger nuevos, inéditos derechos individuales.

Cada uno de estos fenómenos corresponde a muchos desafíos para la justicia penal italiana y, más generalmente, para Europa.

La diferente posición del Estado (en el contexto europeo) implica un “desafío político” que influye tanto en la elección de los intereses que merecen la protección penal como en los medios procesales para realizar las elecciones realizadas.

La necesidad de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo internacional plantea un desafío a los propósitos tradicionales de castigo, aparentemente inadecuados para hacer frente a fenómenos socialmente destructivos que deberían evitarse y no solamente reprimirlos.

El desafío que plantea el establecimiento de nuevas técnicas de investigación nos pone frente a derechos nuevos, porque las nuevas tecnologías (en particular, la informática) determinan de alguna manera su existencia.

Ciertamente hay otros problemas y corresponsales importantes desafíos con los que el erudito del derecho penal italiano tiene que enfrentarse hoy. Pienso, en particular, en la duración patológica de los procesos penales, motivo de múltiples condenas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también una causa de desconfianza en el sistema de justicia penal. Y también pienso en la difícil relación entre los procedimientos penales y los medios de comunicación, una relación que ha sido complicada desde que la justicia penal se ha convertido en el escenario habitual de luchas políticas, comenzando con la experiencia de Tangentopoli (manos limpias).

Sin embargo, al no poder hablar de todo, ni tampoco siendo conveniente abordar demasiados problemas, parecía razonable limitar el tema de mi breve informe a los que me parecían los más recientes desafíos en la situación actual de la justicia penal italiana.

2.- DESAFÍO “POLÍTICO”

El sistema penal es una expresión directa de la soberanía política, que hemos estado acostumbrados a ver incorporados al Estado, con su aparato legislativo, administrativo y judicial. Sin embargo, la soberanía del Estado italiano está sometida, durante algún tiempo, a las limitaciones que la Constitución (artículo 11) considera necesarias para garantizar la paz y la justicia entre las naciones. Una elección hecha hace setenta años, incluso desde otros países europeos como Francia y Alemania, desde el estallido de la Segunda Guerra Mundial, después de que las naciones europeas habían enfrentado una experiencia devastadora.

Esto ha dado lugar a dos resultados, ambos de gran importancia (también) para la evolución de los sistemas de justicia penal europeos:

- El lanzamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) con la creación de un órgano judicial (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y un órgano político (el Consejo de Europa) llamados a cumplir las normas de los Estados que la han firmado;
- La construcción de una unidad política y económica entre algunos países europeos, iniciada en la década de los cincuenta y laboriosamente llevada a cabo a lo largo de las décadas hasta la adopción del Tratado de Lisboa (2007) que establece la Unión Europea (con 28 Estados miembros).

La pertenencia de Italia a estas dos realidades supranacionales también ha tenido un impacto creciente en las elecciones políticas criminales, así como en la toma de decisiones de los jueces.

Al firmar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, obliga a Italia a respetar las normas mínimas establecidas por la Convención para la protección de los derechos individuales tanto para los demandados como para las

víctimas de delitos. Especialmente en las últimas dos décadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo) ha adquirido para el derecho interno de cada uno de los Estados que se adhieran a la Convención una importancia que no tenía antes. Sus juicios - no sólo cuando condenan a Italia- tienen consecuencias inmediatas en el derecho del estado, ya sea porque proporcionan al legislador argumentos para reformar partes del derecho penal o procesal penal frustrado con la Convención Europea y porque ayudan a guiar la jurisprudencia interna. Con frecuencia, la Corte de Casación italiana, en sus mociones de decisión, toma las medidas de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos para manifestar su acuerdo con la misma y así evitar la condena del Estado italiano por violación de las normas convencionales.

Por otro lado, el hecho de ser miembro de la Unión Europea obliga a Italia a aplicar en la legislación nacional los tratados y convenios celebrados entre los Estados miembros, además de los reglamentos y directivas del Parlamento Europeo: cualquier omisión será condenada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo), que vela por el cumplimiento de todas las normas que rigen la vida de la propia Unión. Se puede decir que la mayoría de las reformas penales y procesales italianas de los últimos veinte años han sido directamente inspiradas o fuertemente influenciadas por actos normativos de la Unión Europea: para mencionar las principales, recuerdo aquí la ley que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas²; la ley sobre una orden de detención europea destinada a facilitar la cooperación entre los magistrados penales de los países de la Unión³; la ley que castiga los delitos cibernéticos y establece algunas normas básicas para el uso de la informática en los procesos penales⁴; la ley que regula las investigaciones genéticas⁵; la ley que protege a las víctimas de delitos, con especial atención a las personas débiles (mujeres, menores, inválidos)⁶; la orden de investigación europea que tiene por objeto facilitar la realización de investigaciones conjuntas entre las fuerzas policiales de los países de la Unión⁷; solo por mencionar las más importante.

2 Decreto legislativo 8 de Junio 2001, nr. 231.

3 Ley 22 abril 2005, nr. 69.

4 Ley 18 de marzo 2008, nr. 48.

5 Ley 30 de junio 2009, nr. 85.

6 Ley 15 de octubre 2013, nr. 119.

7 Decreto legislativo 21 de junio 2017, n. 108.

Añadamos que la abolición de las fronteras internas en el seno de la Unión Europea por el Tratado de Schengen ya en 1996 ha creado las premisas para una colaboración más intensa en el ámbito de las iniciativas judiciales o policiales y al mismo tiempo ha pedido la armonización tanto de las normas penales como de las normas procesales, a fin de permitir que tales colaboraciones sean posibles y legalmente toleradas sin discrepancias excesivas. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus puntos de vista sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona, contribuye a la creación de normas mínimas de validez en todos los países de la Unión Europea.

Las notas rápidas que acaban de hacerse dan una idea del “coste” impuesto por la adhesión de Italia al Consejo de Europa ya la Unión Europea: La justicia penal italiana ya no es la función exclusiva del Estado nacional; está ampliamente condicionada por las realidades supranacionales a las que el Estado ha entregado una parte de su soberanía. La consecuencia principal de esta situación (relativamente nueva) es la pérdida de la centralidad del parlamento nacional en las elecciones de la política criminal y el crecimiento simultáneo de la importancia de la actividad jurisprudencial.

Los jueces se enfrentan ahora con una multitud de fuentes normativas, directrices jurisprudenciales de los dos Tribunales Europeos, lo que implica un aumento incontrolado de las posibilidades combinatorias: por lo tanto, su actividad interpretativa a menudo se vuelve impredecible. Y todo esto en un ámbito de la experiencia jurídica, como el penal, en el que se manifiesta especialmente la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones. Uno entiende por qué una de las razones más desagradables para el abogado italiano es, hoy, el policentrismo normativo que resulta de la evolución política de Italia en el contexto europeo. La garantía inherente al principio de legalidad (en materia penal) parece haberse perdido. Existe una creciente incertidumbre y, con ella, la imprevisibilidad de las decisiones judiciales. Controlar y dominar el fenómeno del derecho jurisprudencial en materia penal es ciertamente el primer y más difícil desafío en la actual Italia.

Una forma de abordar el desafío es, por lo tanto, aprovechar el potencial del sistema judicial para aumentar la previsibilidad de las decisiones judiciales, por ejemplo, a través de la recuperación la función nomofiláctica de

la corte de casación, a saber, la función de garantizar la interpretación uniforme del derecho⁸.

3.- DESAFÍOS A LA CONFIGURACIÓN REPRESIVA TRADICIONAL DE LA JUSTICIA PENAL (DESAFÍO JURÍDICO-CULTURAL).

Otro desafío que merece ser recordado aquí es el derivado de la creciente afirmación de la lógica preventiva, en el contraste de fenómenos criminales considerados serios y alarmantes. Dado el efecto devastador que estos crímenes están destinados a tener sobre la convivencia y la estabilidad social, parece conveniente prevenirlos en vez de rechazarlos. Incluso algunas herramientas procesales, como las medidas cautelares y el secuestro, se han progresivamente desarrollado en un sentido marcadamente preventivo.

Además, durante mucho tiempo, la legislación italiana ha desarrollado una política de prevención penal, confiándola al poder judicial, así como a la policía. Ya la primera ley de prevención contra la mafia (1965) atribuía al fiscal la facultad de llevar a cabo investigaciones contra personas de presunta asistencia, de las que no había pruebas de pertenencia a la asociación mafiosa. Esto con el fin de obtener de los tribunales medidas de vigilancia obligatoria o permanecer alejados de su residencia habitual. Durante las siguientes décadas, las normas sobre el proceso de prevención han sido enmendadas varias veces, siempre en el sentido de hacerlas más efectivas en la lucha contra la delincuencia mafiosa. En particular, en 1982 (mil novecientos ochenta y dos), partiendo de la premisa de que las organizaciones de la mafia pretenden esencialmente obtener grandes beneficios, se han mejorado las herramientas de encuesta de riqueza para identificar activos de origen ilícito. Se introdujo la confiscación preventiva, es decir sin necesidad de condena penal, de bienes o valores de origen aparentemente ilícito, cuando parezca desproporcionada con los ingresos oficiales de quienes los poseen.

8 R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, en *Cassazione penale*, 2017, 2596.

En la era reciente, desde 2001, el proceso de prevención contra la mafia se ha extendido a personas que son vagamente sospechosas de asistir a ambientes que olfatean el terrorismo internacional.

La última reforma del procedimiento de prevención ante delitos, que se remonta hace unas semanas, ha extendido la confiscación preventiva también a personas sospechosas de estar asociadas a cometer delitos de corrupción.

Esta expansión continua de sujetos vulnerables (similar al contenido de las medidas de seguridad, pero emitida -como ya se ha dicho- sin condenar) está haciendo algunas preocupaciones comprensibles entre aquellos que tienen garantías individuales. Se revela un escape de la política criminal hacia modelos de control social de matriz autoritaria. En el proceso de prevención, resurgen los tipos de autores (el mafioso, el terrorista, el inmigrante, el corrupto) bien conocidos a las prácticas criminales y policiales de los regímenes totalitarios.

La evolución de la legislación italiana parece guiada por la intención de eludir las defensas que el acusado tendría en un juicio penal. Seguir el camino del proceso de prevención (un procedimiento asistido en forma muy limitada por el derecho de defensa) le permite lograr con menos fatiga y mayores perspectivas éxitos similares a los que podrían estar asociados con una sentencia condenatoria.

Cabe destacar que el Congreso Nacional de Académicos de Derecho Penal (Milán, 2016⁹) y el Congreso Nacional de Académicos de Derecho procesal penal (Cagliari, 2015¹⁰) se han dedicado al tema de las medidas de prevención. Una explícito señal de atención y, al mismo tiempo, de preocupación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en consonancia con los principios de la Convención europea de derechos humanos las prácticas de prevención ante delitos adoptadas por la autoridad pública italiana, siempre justificando el rigor de estas formas anormales de control social con la necesidad de contrarrestar el “azote” de la mafia.

9 Los trabajos de la conferencia se publican en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nr. 4 del 2017.

10 Los actos se publican en el volumen *La giustizia penale preventiva*, Milano, Giuffrè, 2016, por la Associazione fra gli studiosi del Processo penale.

Sin embargo, en una reciente decisión (Gran Chambre, Caso De Tomaso c. Italia, 23 de febrero de 2017), el Tribunal de Estrasburgo condenó a Italia por el excesivo grado de sospecha y por el déficit de precisión y previsibilidad de la supuesta conducta peligrosa, capaz de justificar medidas restrictivas de la libertad, como la vigilancia especial (consistente en la prohibición de asistir a determinados lugares, determinadas personas y la obligación de respetar los tiempos de entrada y salida del lugar de domicilio).

El desafío que plantea este derrape progresivo hacia la lógica preventiva afecta precisamente a la protección de los derechos individuales.

Sin lugar a dudas, es preferible prevenir ataques terroristas o infiltraciones mafiosas en la economía y la sociedad, en lugar de reprimir a los responsables después de que el daño haya ocurrido. Sin embargo, la prevención ante delitos no debe ser el instrumento conveniente para llegar a las mismas conclusiones amenazadas por la justicia represiva (por ejemplo, la confiscación de bienes que el poseedor no sabe justificar) como resultado de un procedimiento inquisitorial. Al hacerlo, se eluden las garantías previstas por el derecho procesal penal, con el resultado de denegar sustancialmente los derechos de la defensa. La prevención previa al delito (que es esencialmente actividad policial) no debe ser la táctica conveniente para alcanzar subrepticamente los objetivos represivos que se deben alcanzar con el proceso criminal.

4.- DESAFÍO TECNOLÓGICO

La revolución informática ha infectado todos los aspectos de la vida social, incluyendo las investigaciones penales.

Gracias a la tecnología informática, la policía ahora puede recolectar, almacenar, procesar datos personales sobre cada aspecto de nuestra vida íntima y de relación. Cuando nos movemos por la ciudad, haciendo compras, comunicándose por teléfono, viajando por una autopista, bebiendo una taza de café, navegando por la web, esparcimos por todas partes rastros de nuestra presencia y nuestras actividades. Nunca existió un tiempo como este, donde el individuo puede ser observado en cada minuto de su comportamiento a través de la información que él mismo provee con el moldeo continuo durante todo el

día. Quien sea capaz de controlar la información personal, en esencia, adquiere una posición de poder que amenaza el libre desarrollo de la personalidad de sus conciudadanos. Como siempre, se puede decir que la información sobre la vida individual se considera confidencial y cuando tocan la esfera íntima, su uso plantea problemas con respecto a la dignidad humana. Sin embargo, desde cuando la adquisición de dicha información se basa en la tecnología informática, el problema de los posibles usos y abusos ha crecido hasta tal punto que exige un replanteamiento de las normas para proteger la confidencialidad.

En realidad, al menos en la realidad italiana, la conciencia de este valor mayor no está todavía muy extendida como cabría esperar.

Debe reconocerse a la jurisprudencia y doctrina alemana el merito de abordar este difícil desafío en sus propios términos. Un par de decisiones del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que datan de 1983 y 2008 respectivamente, confirmaron la existencia de nuevos derechos fundamentales derivados de la obligación de respetar y hacer respetar la dignidad humana y los derechos inviolables de la persona (Art 1 y Art. 2 *Grundgesetz*).

Con la sentencia de 15 de diciembre de 1983, fue cancelado un párrafo de la Ley del Censo de Población de 1981 que había autorizado la recopilación de información personal, permitiendo su uso también con el propósito de prevenir y reprimir los delitos. En décadas anteriores se aprobaron Leyes que contenían una disposición similar a la que el *Bundesverfassungsgericht* anuló con la sentencia aquí mencionada. Sin embargo, nadie ha venido a la mente para señalar esas disposiciones a la atención del Tribunal Constitucional. Simplemente, nadie había sentido la necesidad. Esto fue a principios de los ochenta del siglo pasado debido al rápido desarrollo y la rápida difusión de las computadoras personales. Gracias a ellas, todas las oficinas públicas, todas las comisarías de policía y todos los ministerios públicos podían controlar, con fines de investigación, una cantidad de datos personales que no se podían introducir pocos años antes.

Hay un aspecto de esta historia que es de particular interés para el jurista y especialmente para el erudito del juicio penal. Para llegar a la declaración de ilegalidad de la norma que autorizaba la gran recogida indiscriminada de datos personales, la corte constitucional alemana tuvo que afirmar la existencia de un

derecho fundamental hasta entonces desconocido: el derecho a la autodeterminación de la información (en alemán, *informationelles Selbstbestimmungsrecht*), derivado del principio de la dignidad humana (artículo 1 *Grundgesetz*).

Del mismo modo, tras el impetuoso desarrollo del *web* e de *internet* el *Bundesverfassungsgericht* procedió a la sentencia de 27 de febrero de 2008 al declarar ilegal el Derecho policial del *Land Nordrhein-Westfalen*, que autorizó a la policía a realizar búsquedas en línea en dispositivos electrónicos, utilizando malware (caballos de Troya, *trojan horses*). Teniendo en cuenta que la práctica de la policía no se limitaba a comprimir la libertad y el secreto de las comunicaciones (ya protegida por el art. 10 *Grundgesetz*), el Tribunal Constitucional alemán llega a la conclusión de un nuevo derecho fundamental a proteger - incluso en la investigación y el juicio penal - el derecho al uso confidencial de las herramientas informáticas (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*).

Las dos decisiones han tenido una repercusión inmediata en la legislación procesal penal en lo que respecta a la recopilación y el tratamiento de datos personales así como el uso de tecnologías informáticas (como caballos trojanos) por parte de la policía y del fiscal.

Debe tenerse en cuenta que en los regímenes demo-constitucionales, la calificación como derecho fundamental tiene un impacto inmediato en la ley y en las prácticas procesales. La comprensión del derecho debe tener lugar en los casos y en las formas previstas por la ley (reserva legal) y, por regla general, por acto motivado de la autoridad judicial (reserva de jurisdicción). Además, tiene que ser respetado el criterio de proporcionalidad, según el cual debe ser considerada la proporción de sacrificio que se impone al ciudadano, limitando el derecho y la gravedad del delito que debe ser detenido o reprimido. Por último, debe tenerse en cuenta que debe elegirse el derecho a limitar el derecho a lograr el propósito de establecer conductas ilícitas o peligrosas y, en presencia de medios más idóneos, los menos afectados por el ciudadano.

Las dos sentencias en cuestión han puesto al legislador alemán ante la obligación de reglamentar, en el código procesal penal actividades investigadoras como, por ejemplo, la recogida y tratamiento de datos personales con fines represivos, el uso de GPS para la localización de personas, las búsquedas

mediante el uso de caballos de Troya, que de otro modo habrían quedado en manos de iniciativas policiales informales e incontroladas.

Así que las cosas están ahora en Italia, donde el pensamiento del tribunal constitucional alemán todavía no ha penetrado. En este sentido, las nuevas tecnologías y su frecuente utilización en los procesos penales constituyen, una vez más para Italia (y tal vez no sólo para Italia), un nuevo desafío interesante e importante.